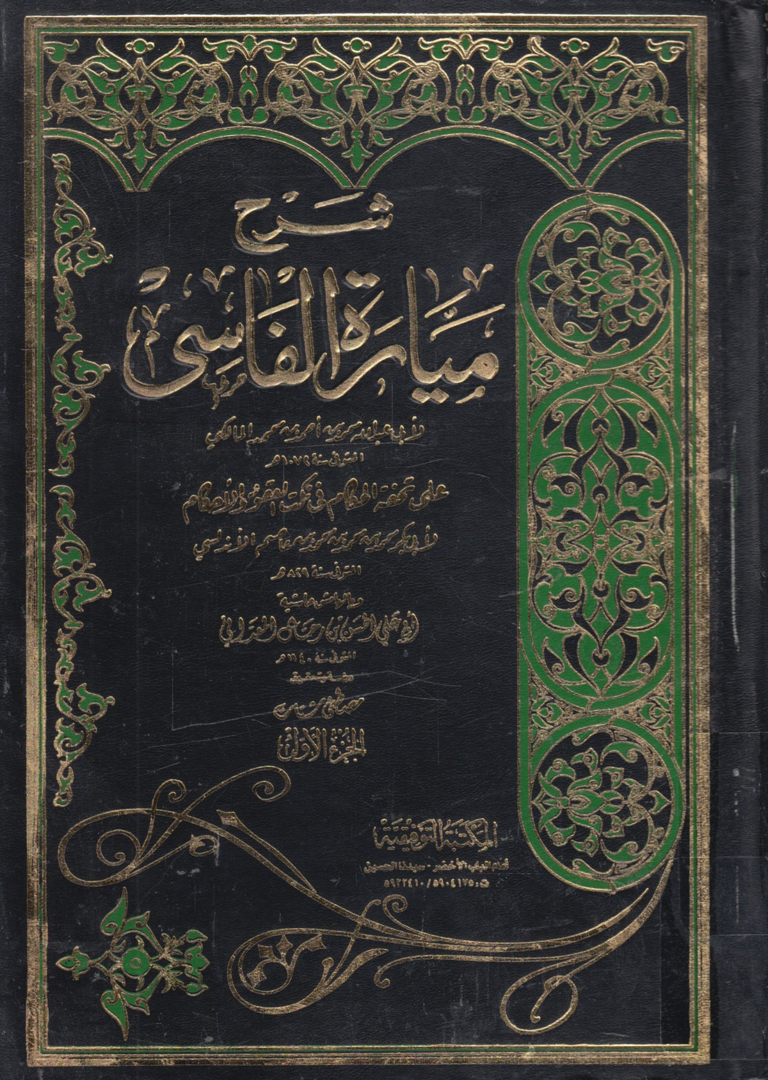
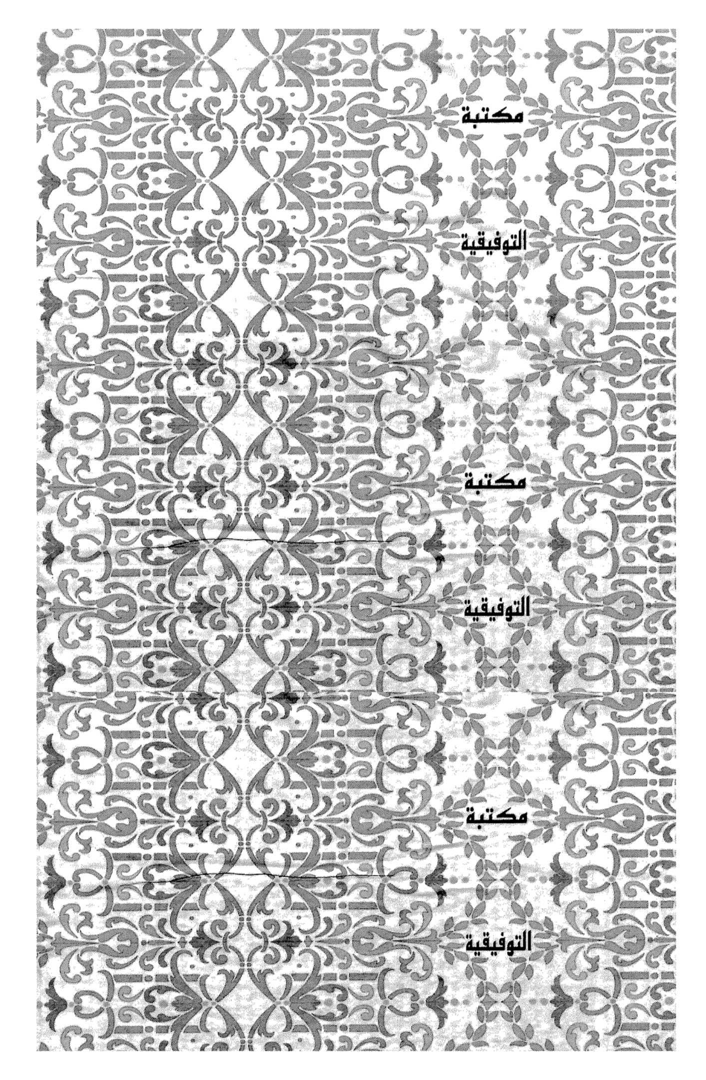
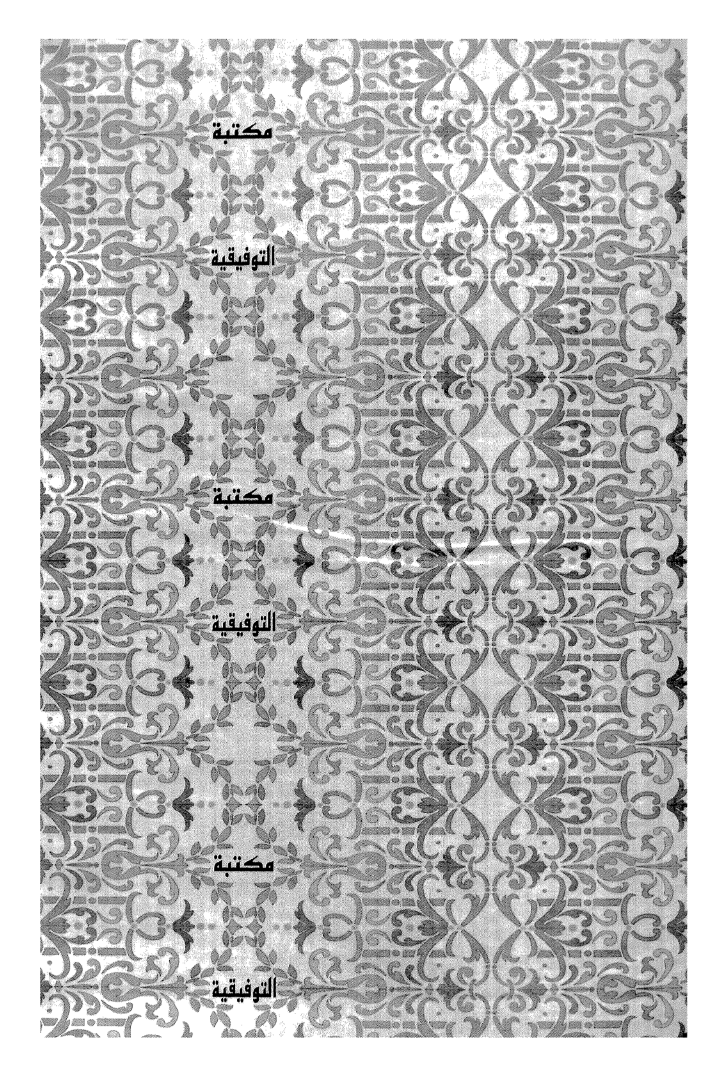

شرح
ميارة الفاسي
لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي
المتوفى سنة ١٠٧٢ هـ
على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام
لأبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي
المتوفى سنة ٨٢٩ هـ
وبالهامش حاشية
لأبي علي الحسن بن رحال المعداني
المتوفى سنة ١١٤٠ هـ
دراسة وتحقيق
الجزء الأول
المكتبة التوفيقية
أمام الباب الأخضر - سيدنا الحسين
ت: ٥٩٠٤١٧٥ / ٥٩٢٢٤١٠



مكتبة
التوفيقية
مكتبة
التوفيقية
مكتبة
التوفيقية


مكتبة
التوفيقية
مكتبة
التوفيقية
مكتبة
التوفيقية

شرح ميارة الفاسي

لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي
المتوفى سنة ١٠٧٢ هـ

على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام

لأبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي
المتوفى سنة ٨٢٩ هـ

وبالهامش حاشية

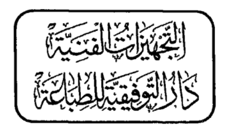
أبي علي الحسن بن رحال المعداني
المتوفى سنة ١١٤٠ هـ

دراسة وتحقيق

مصطفى شتات

الجزء الأول

المكتبة التوفيقية



المكتبة التوفيقية

القاهرة - مصر
العنوان: أمام الباب الأخضر - سيدنا الحسين
تليفون: ٥٩٠٤١٧٥ - ٥٩٢٢٤١٠ (٠٠٢٠٢)
فاكس: ٦٨٤٧٩٥٧

Al Tawfikia Bookshop

Cairo - Egypt
Add : in front of the Green Door Of El Hussen
Tel : (00202) 5904175 -5922410
Fax : 6847957
shalan@eltawfikiapress.com

إشراف
توفيق شعلان



تقديم

إن الحمدَ لله...

نحمد سبحانه ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ به من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، إنه من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلا تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢].

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً﴾ [النساء: ١].

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيداً ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَن يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزاً عَظِيماً﴾ [الأحزاب: ٧١، ٧١].

أما بعد..،،

فإن أصدق الحديث كتاب الله، وخير الهدي هدي نبينا محمد ﷺ، وشر الأمور محدثاتها، وكل محدثة بدعة، وكل بدعة ضلالة، وكل ضلالة في النار.

من يرد الله به خيراً يفقهه في دينه، ويلهمه رشده، وينير بصيرته، فنسأل الله علمًا نافعًا، وقلبًا خاشعًا، ودعاءً مجابًا، إنه ولي ذلك، والقادر عليه.

❑❑❑

ترجمة صاحب الشرح

هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي المالكي الشهير بميارة. فقيه، ولد سنة ٩٩٩ هـ/ ١٥٩١ م، وتوفي سنة ١٠٧٢ هـ / ١٦٦٢ م.

من مصنفاته:

الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، وهو الكتاب الذي بين أيدينا.

تكميل المنهج ذيّل به نظم الزقاق.

الدر الثمين والمورد المعين في شرح مرشد المعين لعبد الواحد الفاسي.

الروض المبهج في شرح تكميل المنهج.

زبدة الأوطاب في اختصار الحطاب.

شرح مختصر الشيخ خليل.

مختصر الدر الثمين له.

ونصيحة المغترين في الرد على ذوي المتفرقة بين المسلمين.

□□□

ترجمة صاحب الحاشية

هو أبو علي الحسن بن رحال بن أحمد بن علي التدلاوي ثم المعداني المغربي المالكي، ويدعى بصاعقة العلوم. فقيه مشارك في أنواع من العلوم. تولى القضاء بالدار البيضاء، وتوفي بمكناس في ٣ رجب سنة ١١٤٠ هـ/ ١٧٢٨ م.

من تصانيفه:

شرح على مختصر خليل في فروع الفقه المالكي.

الإرفاق في مسائل الاستحقاق.

حاشية على شرح تحفة ابن عاصم.

وحاشية على شرح الشيخ ميارة، وهو الكتاب الذي بين أيدينا.

ققق

بسم الله الرحمن الرحيم

(وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

قال الشّيخ الإمام العالم العلامة الدّرّاكة الفهّامة شيخ الإسلام ومفتي الأنام أبو عبد الله سيّدي محمّد بن أحمد ميّارة قدّس الله سرّه وأعلى في الدّارين قدره:

الحمد لله المنفرد بالحكم والتّدبير، المستبدّ بالقضاء والتّقدير، الّذي شرح الأحكام للعباد، وكفّهم بتنفيذها عن الظّلم والفساد، وأتحف الحكّام بالشّرائع الإسلاميّة، وأغناهم بها عن السّياسة الكسرويّة، وعصمهم باتّباعهم المنقول، عن تحكيمهم تحقيق العقول، فله الحمد والشّكر بكلّ لسان، من كلّ ملك وجنّ وإنسان، وصلوات الله الّتي لا تحصى عدداً، وسلامه الّذي لا ينقضي أمداً، ورضوانه وتحيّاته، ورحمته وبركاته، المسرمدات أبداً على العلم الأكبر، والسّيّد الأطهر، متلقّي السّرّ من شديد القوى، فلا ينطق عن الهوى سرّ الوجود، وعين الجود سيّد الكونين ورسول الملك الأعلى إلى الثّقلين، النّبيّ الممجّد، سيّدنا ومولانا محمّد ﷺ أرسله بالهدى ودين الحقّ ليظهره على الدّين كلّه، وعلّمه من لدنّه علماً عجزت أفكار الخلق عن الإحاطة بأقلّه وحلاه من أخلاقه الرّحمانيّة بكلّ خلق كريم، فقال تعالى: **﴿وإنّك لعلى خلق عظيم﴾** [القلم:٤] ، فجعله للمهتدين سراجاً منيراً، ونزّل الفرقان عليه ليكون للعالمين نذيراً، يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر، ويدلّهم على الله بما يعرف من الأدلّة ولا ينكر، ويحلّ لهم الطّيّبات ويحرّم عليهم الخبائث، ويقرّر ذلك لهم بنصح تتحرّك لقبوله البواعث، ويضع عنهم إصرهم والأغلال الّتي كانت قبل ذلك عليهم وبيّن لهم دينهم امتثالاً لقوله تعالى: **﴿وأنزلنا إليك الذّكر لتبيّن للنّاس ما نزّل إليهم﴾** [النحل:٤٤] . فقام ﷺ بأعباء الرّسالة، مع تحرير المقالة، وإيضاح الدّلالة، ولم يأل جهداً في الإرشاد والتّهذيب، والتّبصرة والتّقريب، والإجمال للأحكام والتّفصيل، والبيان والتّحصيل، فبيّن كلّ منهج مقصود، وكلّ مقصد محمود، كلّ ذلك بلفظ مختصر، وتوضيح يزيل الغبر؛ وكلام فائق، ومعنًى رائق مبيّنٍ للحقائق، وآخذ من البلاغة بالعرى الوثائق غنيٍّ عن استنتاج المقدّمات، وكفيلٍ بإيضاح المبهمات، حتّى صارت قواعد دينه معيّنةً، لا يحتاج المدّعي فيها إلى بيّنة، ففتح لأمّته باب الاجتهاد والقياس الّذي له إلى الكتاب والسّنّة استنادٌ؛ لئلا يكون على المؤمنين حرجٌ، ولا يرى في دينهم عوجٌ، وليكون للمجتهد المخطئ أجرٌ وللمصيب أجران، ويؤتي الكلّ من رحمته كفلين، فوجب علينا الاعتصام بسنّته بعد وفاته كما وجب علينا الانقياد له في حياته، قال تعالى: **﴿فلا وربّك لا يؤمنون حتّى يحكّموك فيما شجر بينهم ثمّ لا يجدوا في أنفسهم حرجاً ممّا قضيت ويسلّموا تسليماً﴾** [النساء:٦٥]، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأزواجه وذرّيّته وسلّم تسليماً، صلاةً وسلاماً ننال من الله بهما جميل الرّضا، ونجدهما عدّةً ليوم فصل القضا، ورضي الله

تعالى عن أئمّة الهدى، ونجـوم الاقتدا، ومعالم الدّيانة، ومعاقل الأمـانة، ساداتنا أهل بيته الّذين أذهب اللّه عنهم الرّجس وطهّـرهم، وأعلى على كلّ آل قـدرهم وأشهرهم، وأئمّـتنا أصحابه الّذين آمنوا وهاجروا، والّذين آووا ونصروا، القـائمينَ بنصرته، الحاملين لشريعته، وعلى من أحسن مـن أتّباعهم، وجـدّ من السّلف والخلف في اتّباعـهم، ما دام هذا الدّين موطّأً بالقواعد البيّنة، وفروع الشّريعة وأصولها في كتب الأئمّة مدوّنةٌ .

أمّا بعـد؛ فإنّ علم أحكام القـضاء، هو من الدّين بمنزلة الرّأس من سائر الأعـضاء، وآدابه من أجلّ الآداب المرعيّة، وخطّته من أعظم الخطط الشّرعـيّة، ركنٌ من أركان الشّريعة بل هو أسّها، ورئـيس العلوم الإسلاميّة بل هو رأسـها، ولذلك قيل: القائمـون من البشر بحقّه هم رسل اللّه أو ورثتهم من خلقـه. فقام بها في هذه الملّة رسول اللّه ﷺ ومن بعده الخلفاء الرّاشـدون، ولمّا تميّز الملك من الخلافـة صار يختار لـها الأئمّة المهتـدون، وقد ألّف النّاس فيه قديمًـا وحديثًا؛ وسار العلماء في تبيين أصـوله وقواعده سيرًا حثيـثًا، ما بين ناثرٍ مطنبٍ وموجزٍ ونـاظمٍ قصيدةً أو مرتجـز، وإنّ مَن أجلّ ما ألّف فيه من المخـتصرات، الّتي أغنتْ عن كثيرٍ من المطوّلات، رجـز الإمام العالم القاضي الرّئيس الوزير الأعظم، أبي بكرٍ محمّد بن محمّدٍ عرف بابن عاصمٍ، فهو جامعٌ لـكثيرٍ من مقاصده " محتوٍ على جمٍّ غفيرٍ من فوائده، مع سـلامة نظمه، وجزالـة لفظه، وقلّة تعقيده وسـهولة حفظه، يشـهد بذلك العيان، وليس من بعده بيانٌ، وقد اعتنى بشـرحه من بعده، ونثر اللآلئ المنظومة في عقده، ولده الإمام قاضي الجماعة أبو يحـيى محمّد بن محمّد بن محمّد بن مـحمّد بن محمّد بن محمّد بن عاصمٍ القيسيّ الأندلسيّ الغـرناطيّ ذكر في شرح تحفة والده أنّه ولّي القضاء عام ثمانٍ وثلاثين وثمان مائة، احتـفل فيه بجودة القريحة، وأكثر من النّقول الصّـحيحة، فأبدأ وأعـاد وأجاد وأفـاد، فجـزاه اللّه خيـرًا، وأجزل أجـرًا، إلاّ أنّه ﵀ قد أغـفل عن حلّ مقفـلاته، ما يعدّه الحذّاق من معضـلاته، ثمّ شرحه بعده بعض المتأخّـرين وهو ابن العبّاس سيّـدي أحمد بن عـبد اللّه يعرف بالـيرتاسنيّ نسبًـا واشتهـارًا، العبد المراديّ أصـلاً ونجارًا التّلمسانيّ نشأةً ودارًا، شرحًا اعتنى فيـه بتفكيك العبارة، وأغنى بالتّصريح عن الإشارة، إلاّ أنّه لم يشف في النّقل غليلاً، ولا أبرأ من داء الجـهل عليلاً، وقد شرحـه أيضًا بعض أئمّة المالكيّة من أهل المحلّة من مصر ولم يصل شرحه إلينا.

ولمّا من اللّه علينا بإقـرائه وقراءته واسـتعـمال الفكر في تفـهّم عبـارته، وقيّـدنا على هوامش المتن والشّرح ما هو كالتّـتمّة للشّرحين وأبرزنا من نكته وتحريراته ما فـيه لطالبه قرّة العين طلب منّا بعض من عاين ذلك من الأصحاب، وشاهده من ذوي الألباب، أن أشرحه شرحًا كفيـلاً بمحصّل الشّرحين، حائزًا لكلتا الفضيلتين، من إيراد مـا يحتاج إليه النّاظر من النّقل، وتبيين العـبارة حتّى يتّـضح معناها للعقل مطرّزًا ذلك بفـوائد يحتاج إليـها النّاظر، وقواعد يسـتعين بها المناظر، وتنبيهاتٍ وتحقيـقاتٍ، تزيل الشّبهات، فجـاء بحمد اللّه تعالى

شرحًا بمقصود طالبه وافيًا، وبسهمٍ صائبٍ في مؤلّفات الفقه راميًا، نسأل اللّه أن يجعله من الأعمال الّتي لا تنقطع بالوفاة، ولا تعقّب صاحبها حسرة الفوات، وأن ينفع به كما نفع بأصوله، كلّ من رغب من المؤمنين في تحصيله وحصوله، ويجعله وصلةً بيننا وبينه، وينيلنا به في الدّارين غفرانه وأمنه، إنّه سميعٌ مجيبٌ، رحيمٌ قريبٌ وسمّيته (الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكّام) جعله اللّه خالصًا لوجهه، ومقربًا من رحمته.

قال رحمه الله تعالى:

الحمد للّه الّذي يقضي ولا	يقضى عليه جلّ شأنًا وعلا
ثمّ الصّلاة بدوام الأبد	على الرّسول المصطفى محمّد
وآله والفئة المتّبعه	في كلّ ما قد سنّه وشرعه

قال الشّارح ولد النّاظم رحمة اللّه على الجميع في طالعة شرحه في التّعريف بوالده النّاظم القاضي أبي بكرٍ محمّد بن عاصمٍ ما نصّه وقد رأيت أن أقدّم بين يدي الكلام فصلاً يتضمّن التّعريف بمشيخة الشّيخ والدي رحمه الله وبتآليفه ومولده ووفاته ولد رحمه الله ثاني عشر جمادى الأولى من عام ستّين وسبعمائة وتوفّي حادي عشر شوّال من عام تسعة وعشرين وثمانمائة ومن شيوخه الشّيخ الأستاذ المفتيّ الشّهير أبو سعيد فرج بنّ قاسم ابن لبٌّ والأستاذ أبو عبد اللّه محمّدٌ القيجاطيّ وناصر السّنّة الأستاذ أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشّاطبيّ وقاضي الجماعة الحافظ أبو عبد اللّه محمّد بن علاق وخالاه قاضي الجماعة أبو بكرٍ أحمد ورئيس العلوم اللسانية أبو محمّد عبد اللّه ابنا الخطيب الشّهير أبي القاسم بن جزيٍّ والشّريف الشّهير أبو محمّد عبد اللّه ابن الشّريف العالم أبي عبد اللّه محمّد التّلمسانيّ والقاضي الرّحّال أبو إسحاقّ إبراهيم بن عبد اللّه ابن الحاجّ النّميريّ والشّيخ أبوّ الحسن عليّ بن منصور الأشهب والأستاذ أبو عبد اللّه محمّد بن عليّ البلنسيّ رحمهم اللّه أجمعين (ثمّ) عدّ جملةً من تآليفه في الأصول والقراءات والفرائض والنّحو ومن جملتها هذا النّظم.

قال مقيّد هذا الشّرح سمح اللّه له: وقد أنشدنا صاحبنا الفقيه المؤقّت الفرضيّ العدديّ الحاجّ أبو عبد اللّه سيّدي محمّد ابن الشّيخ الأستاذ سيّدي أبي القاسم ابن القاضي بيتًا لنفسه رمز فيه لولادة النّاظم ووفاته وبلده على طرق نظم الوفيات للكاتب الفشتاليّ في كونه من بحر الطّويل والرّمز للوفاة بالحروف بحسب الجمل فقال:

وقد رقصت غرناطة بابن عاصمٍ	وسحّت دموعًا للقضاء المنزّل

فرمز لسنة الولادة بالرّاء والقاف والصّاد والتّاء المثنّاة ومجموع ذلك بالحساب المذكور ستّون وسبعمائة رمزًا للوفاة وبالسّين والحاء والتّاء والدّال والميم والواو والعين والألف ومجموعها بالحساب المذكور ثمان مائة وتسعةٌ وعشرون وفي تعبيره بالرّقص إشارةٌ إلى الولادة المفروح بها إذ الرّقص إنّما يكونّ عند الفرح غالبًا كما أنّ في التّعبير بسحّ الدّموع

والقضاء المنزّل الإشارة للموت وافتتح النّاظم بحمد اللّه عملاً بمقتضى الكتاب العزيز والسنّة الكريمة فإنّه عليه الصلاة والسلام كان يفتتح خطبه ومواعظه بحمد اللّه تعالى وخرّج أبو داود في سننه عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول اللّه ﷺ: «كلّ كلام لا يبتدأ فيه بحمد اللّه فهو أجذم»(١) وفي رواية النّسائيّ «كلّ أمر ذي بال لا يبتدأ فيه بالحمد للّه فهو أقطع»(٢) وأجمع العلماء على افتتاح تآليفهم بالثّناء على اللّه تعالى إمّا بلفظ الحمد للّه وهو الغالب أو بغيره كالبسملة وقد أكثر المؤلّفون الكلام في الحمد والشكر وأخصر ما رأيت الآن في ذلك كلام الشّيخ خالد الأزهريّ في شرح توضيح ابن هشام ولفظه: الحمد لغةً الوصف بالجميل الاختياري على قصد التعظيم والوصف لا يكون إلاّ باللّسان، فيكون مورده خاصًا وهذا الوصف يجوز أن يكون بإزاء نعمة أو غيرها فيكون متعلّقه عامًّا والشكر على العكس لكونه لغةً فعلاً ينبئ عن تعظيم المنعم منّ حيث إنّه منعمٌ على الشّاكر أو غيره فيكون مورده اللّسان والجنان والأركان ومتعلّقه النّعمة الواصلة إلى الشّاكر فكلٌّ منهما أعمّ وأخصّ من الآخر بوجه ففي الفضائل حمدٌ فقط وفي أفعال القلب والجوارح شكرٌ فقط وفي أفعال اللّسان بإزاء الإنعام حمدٌ وشكرٌ. والحمد عرفًا فعلٌ يشعر بتعظيم المنعم من حيث إنّه منعمٌ على الحامد أو غيره والشكر عرفًا صرف العبد جميع ما أنعم اللّه به عليه من السّمع وغيره إلى ما خلق لأجله فالشّكر أخصّ مطلقًا لاختصاص تعلّقه بالباري تعالى ولتقييده بكون المنعم منعمًا على الشّاكر وغيره ولوجوب شمول الآلات فيه بخلاف الحمد انظر تمام كلامه إن شئت.

وإنّما قال في حدّ الحمد الوصف بالجميل والوصف لا يكون إلاّ باللّسان لأنّ مقصوده تعريف الحمد الواقع في الكتاب المشروع وهو كذلك وصفٌ باللّسان ومن أراد تعريف الحمد القديم والحادث قال هو الثّناء بالكلام لأنّ الكلام يشمل القديم والحادث والحمد والمدح بمعنًى ويفترقان بأنّ الحمد خاصٌّ لأولي العلم والمدح يكون لأولي العلم وغيرهم وقوله في حدّ الشكر صرف العبد... إلخ زاد بعضهم كصرف النّظر إلى مطالعة مصنوعاته والسّمع إلى تلقّي ما ينبئ عن مرضاته والاجتناب عن منهيّاته وأل في الحمد لاستغراق الجنس وهي التي يصلح في موضعها «كلّ» نحو: ﴿إنّ الإنسان لفي خسر﴾ [العصر:٢] وذلك لأنّ الحمد إمّا قديمٌ وهو حمد اللّه تعالى لنفسه أو لمن شاء من عباده أو حادثٌ وهو حمد العباد لربّهم سبحانه أو لبعضهم، فالقديم صفته ووصفه، والحادث خلقه وملكه فالحمد كلّه له ولام للّه للاستحقاق أي جميع المحامد مستحقّةٌ للّه تعالى وقيل: غير ذلك واسم الجلالة علمٌ على الذّات العليّة الواجبة الوجود المستحقّة لجميع المحامد وهو أشهر أسمائه تعالى وقد قبض اللّه تعالى عنه الألسن فلم يتسمّ به أحدٌ قال تعالى ﴿هل تعلم له سميًّا﴾ [مريم:٦٥] أي هل تعلم أحدًا تسمّى اللّه استفهامًا بمعنى النّفي أي لم يتسمّ به غيره وهو أعرف المعارف

(١) [حديث ضعيف]: أخرجه أبو داود (٤٨٤٠)، والنسائي (١٠٣٢٨) في الكبرى، وابن ماجه (١٨٩٤)، وأحمد في المسند (٢/٣٥٩)، وابن حبان في صحيحه (١، ٢)، والدارقطني في سننه (٨٧٢، ٨٧٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣/٢٠٨، ٢٠٩)، وضعفه الشيخ الألباني في الإرواء (٢) قلت: وفيه قرة بن عبد الرحمن ضعفه ابن معين وأحمد وأبو زرعة وأبو حاتم والنسائي وقال الحافظ في التقريب (٥٧٣١) صدوق له مناكير.

(٢) [حديث ضعيف]: تقدم فيما قبله.

قاله سيبويه (وروي) أنّه رئي في النّوم فأخبر أنّه رأى خيراً كثيراً بسبب قوله ذلك، وقوله الّذي يقضي ولا يقضى عليه هو وصفٌ للّه تعالى قال الشّارح - رحمه الله - ويتضمّن هذا الاستفتاح من محاسن الكلام المعبّر عنها عند أهل هذا الشّأن بالألقاب البديعيّة النّوع المسمّى عندهم ببراعة الاستهلال، وهي دلالة استفتاح الكلام على ما يقصده المتكلّم من الغرض في مضمون جملته وهو في هذا الكلام وصف اللّه سبحانه بأنّه يقضي ولا يقضى عليه لمّا كان قصده أن يتكلّم في أحكام القضاء، وفي قوله: ولا يقضى عليه إشارةٌ لطيفةٌ إلى كون القاضي مقضيًّا عليه من مولاه سبحانه وممّن ولاّه فما أحقّه أن يستشعر بذلك الخوف من الجور، وأن يتوخّى الإصابة للعدل بأنّ الّذي بيده من القضاء إنّما هو مجازٌ يماثله ما بيد من ولاّه وبيد الملك الحقّ القضاء حقيقةً **﴿إن الحكم إلاّ للّه يقصّ الحقّ وهو خير الفاصلين﴾** [الأنعام:٥٧] وقرئ: «يقضي الحقّ» اهـ. وجلّ: فعلٌ ماضٍ ومعناه عظم وشأنًا: تمييزٌ منقولٌ من الفاعل أي عظم شأنه وعلا بفتح العين عطفٌ على جلّ فعلٌ ماضٍ أيضًا، قال بعض من شرحه: ويحتمل أن يكون اسم مصدر معطوفًا على شأنًا أي جلّ شأنه وعلاؤه وقصره ضرورةٌ، ولمّا حمد اللّه تعالى أتبعه بالصّلاة على نبيّه ﷺ للأمر بها في قوله تعالى: **﴿يا أيّها الّذين آمنوا صلّوا عليه وسلّموا تسليمًا﴾** [الأحزاب:٥٦] والصّلاة الرّحمة وهي من اللّه تعالى زيادة تكرمة وإنعامٌ ومن العباد عبادةٌ، وهي وإن كانت بمعنى الرّحمة ولكن في التّعبير عن الرّحمة بالصّلاة من التّعظيم ما ليس في لفظ الرّحمة، وبدوام متعلّقٌ بمحذوف حالٌ من الصّلاة أي مؤقّتةً، والأبد حركة الفلك، والمصطفى المختار وآله ﷺ: أقاربه المؤمنون من بني هاشم والفئة الجماعة، والمتّبعة بكسر الباء ويجوز فتحها، والمراد بهم الصّحابة والتّابعون ﷺ أجمعين، ولا شكّ أنّهم متّبعون لما سنّه ﷺ وشرّعه ويتبعهم من بعدهم في ذلك أيضًا ومعنى سنّه وشرّعه، أي جعله سنّةً وشريعةً والمجرور متعلّقٌ بالمتّبعة قال رحمه الله:

وبعد فالقصد بهذا الرّجز	تقرير الأحكام بلفظ موجز
آثرت فيه الميل للتّبيين	وصنته جهدي من التّضمين
وجئت في بعضٍ من المسائل	بالخلف رعيًا لاشتهار القائل
فضمنه المفيد والمقرّب	والمقصد المحمود والمنتخب

(بعد) من الأسماء اللازمة للإضافة وإذا قطع عنها لفظًا بني على الضّمّ والمضاف إليه منويٌّ تقديره وبعد ما ذكر من الحمد والصّلاة، و الرّجز أحد بحور الشّعر الخمسة عشر الّتي أوّلها الطّويل وآخرها المتقارب، وهو مسدّس الدّائرة مركّبٌ من مستفعلن ستّ مرّات، ويقرأ لفظ الأحكام بنقل حركة الهمزة للسّاكن قبلها للوزن وهو جمع حكمٍ، والمراد به الفقه المتقرّر في الكتب المعتمدة كالمدوّنة وغيرها ليفصل بها بين الخصوم. والموجز: المختصر قليل

اللّفظ كثير المعنى وآثرت بمدّ الهمزة بمعنى اخترت وفضّلت ومنه: ﴿ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة﴾ والميل: الجنوح والرّكون والتّبيين: مصدر بيّن والصّون: الحفظ ومعنى جهدي: طاقتي ووسعي وهو بضمّ الجيم، والتّضمين افتقار معنى البيت إلى الّذي بعده لكونه خبرًا أو جواب شرط أو استثناءً أو نحو ذلك ممّا لا يتمّ معنى الكلام إلاّ به، وسمّي تضمينًا؛ لأنّه ضمّن البيتَ الثّاني معنى البيت الأوّل؛ لأنّ الأوّل لا يتمّ إلاّ بالثّاني، وهو عند العروضيّين من عيوب الشّعر. وفيه يقول الخزرجيّ: وتضمينها إحواج معنًى لذا وذا، وفيه يقول ابن الحاجب: في لاميّته في العروض في ترجمة العيوب:

تضمينهم أن يكون البيت مفتقراً إلى الّذي بعده كأنّه وصلا

وسمعت من بعض أشياخي رحمه الله أنّ النّاظم عرّض بقوله: وصنته جهدي من التّضمين إلى نظم الفقيه القاضي البليغ أبي إسحاق إبراهيم بن عبد اللّه بن الحاجّ ممّن عاصر ابن رشد، وكان القضاء يدور بينهما ألّف في أحكام القضاء كتحفة النّاظم لكثرة ما فيه من التّضمينَ وسمّاه الياقوتة وفيه ألف بيت وصدره

الحمد للّه القديم الباقي البارئ المصوّر الخلاق
الحكم العدل الّذي لا يسأل في الأرض والسّماء عمّا يفعل
والملك الحقّ الّذي يقضي ولا يقضى عليه جلّ قدراً وعلا
سبحانه من واحدٍ تعاظما وعلّم العلم أبانا آدما
وبعد فالأهمّ علم الأديان لطالب العلوم كلّ الأحيان
وأجر من قام به عظيم وبرضا اللّه له نعيم
وقد نظمت بعض أحكام القضا مبتغيًا أجرًا ونيلاً للرّضا
في رجزٍ خولط بالسّريع على سبيل المحدث المتبوع
مستعملاً ما شذّ من زحاف وبعض ما قد عيب في القوافي
وذاك مغفورٌ لدى من أنصفا في جنب ما جئت به معرّفا
مغلّبًا تحسيني المعنى على تحسيني اللّفظ الّذي عنه انجلى
وما نظمته بصدق النّيّة سمّي بالياقوتة الألفيّه
إذ عدّها ينهى إلى القضاة وغيرهم ألفٌ من الأبيات

وممّا وقع فيه من التّضمين قوله في رجوع الشّاهذ عن شهادته:

وإن يك الرّجوع بعد الحكم لم يجز ويغرم امتثالاً للحكم

جـمـيـع مـا أتلف بالشّـهـاده فـصلٌ وفي بـدءٍ وفي إعـاده
يلزم مـن يقـضـي بأن يسـعف من كلّـفـه الكـتب لحكّام الـزّمن
بما به قـضـى ومـا قـد ثبـتـا والعـمل اليـوم ومـا إن مـقـتـا
على قـبـول كـتـب القـضـاة من غـيـر إشـهـادٍ لهـا ويأتي
منع الـقـبـول مع مـا عليـه عـملنا وصـغـونا إليـه

فانظر في هذه الأبيات فـإنّ كلّ بيتٍ منها لا يتمّ معناه إلاّ بما بعده وهو كـثيرٌ في ذلك النّظم، ولكن يكفي في الاعتذار عن ذلكَ قوله كما تقدّم.

مـغلّبـا تحـسـيني المعنى على تحـسـيني الـلّفظ الّذي عنه انجلى

رحمه الله ونفعنا به وقوله: (وجئت في بعضٍ من المسائل) البيت. أخبر أنّه في الغالب يقتصر على قول واحد لمشهوريّته أو جريان العمل به، وفي بعض المسائل يذكر الخلاف بحيث يحكي قولين أو أكثر لمقاصد له في ذلك إمّا مشهوريتها أو لجريان العمل بها لكون القائل بها أو ببعضها مشهوراً بالعلم والتّحقيق وله صيتٌ ومكانةٌ وشهرةٌ تمنع من إهمال قوله وعدم حكايته وإن خالف المشهور وما به العمل هذا معنى قوله رعيًا لاشتهار القائل ولا يعني بذلك مراعاة الخلاف الّذي هو إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الّذي أعمل في نقيضه دليلٌ آخر لأنّ هذا من دأب المجتهدين النّاظرين في الأدلّة فحيث يترجّح عندهم دليل الغير أعملوه وحيث لا أهملوه، والنّاظم إنّما هو ناظمٌ لكلام الفقهاء المتقدّمين وجامعٌ له بمراعاة الخلاف وإن وجدت في بعض الأحكام المذكورة في هذا النّظم فلا يعبّر عنها بصيغة الخلاف وإنّما يجزم بالحكم وإن كان وجهه عند من قال به مراعاة الخلاف وقد أطال الشّارح هنا بالكلام على مسألة مراعاة الخلاف وما فيها من الأبحاث وهي من حسان المسائل ولكن لا يصحّ أن يشرح بها قوله رعيًا لاشتهار القائل كما يظهر ذلك من كلام الشّارح في آخر الكلام على مراعاة الخلاف ولا يحتمله بوجه، واللّه أعلم. وكذا أطال الكلام في مسألة التّرجيح من الخلاف وما يجوز الحكم والفتوى به وما لا ومن تجوز فتواه ومن لا، والخلاف الّذي في المشهور ما هو، ووجه اختيار المتأخّرين في بعض المسائل خلاف المشهور من مراعاة مصالح عرضت في ذلك وأنّ القاضي يلزم اتّباع عمل أهل بلده وينهى عن الخروج إلى غير ذلك ممّا اشتمل عليه من الفوائد، فمن أراد شيئًا من ذلك فعليه بمراجعته. وقوله: فضمنه المفيد البيت أخبر أنّ هذا النّظم تضمّن المسائل المشتمل عليها هذه الكتب وهي مفيد الحكّام لابن هشام، والمقرّب، والمنتخب كلاهما لابن أبي زمنين بفتح الزّاي والميم وكسر النّون الأولى، والمقصد المحمود لأبي القاسم الجزيريّ، ولا يعني أنّ هذا النّظم اشتمل على جميع مسائل هذه الكتب بل ولا جلّها وإنّما يعني أنّ فيه فوائد ومسائل

من هذه الكتب وليس الخبر كالعيان وفي تسمية هذه الكتب توريةٌ وإشارةٌ إلى أنّ هذا النّظم اشتمل على هذه الأوصاف وهي كونه مفيدًا مقرّبًا منتخبًا والاشتغال به والاعتناء به مقصدٌ محمودٌ شرعًا تقبّله الله منه ونفعه به يوم لا ينفع مالٌ ولا بنون إلاّ من أتى الله بقلب سليم.

نظمته تذكرةً وحين تمّ ... بما به البلوى تعمّ قد ألمّ

سمّيته بتحفة الحكّام ... في نكت العقود والأحكام

النّظم الجمع يقال: نظمت العقد إذا جمعت جواهره على وجه يستحسن وقوله: تذكرةً مفعولٌ لأجله هو بيانٌ للسّبب الحامل له على نظمه، وهو تذكرةٌ لمن تقدّمت له معرفة ذلك ثمّ نسيه يعني وتبصرةً لمن يتقدّم له ذلك من الصّغار والكبار فهو كقول ابن برّيٍّ: يكون للمبتدئين تبصرة البيت، وقول العراقيّ في صدر ألفيّته الحديثيّة: نظمتها تبصرةً للمبتدئ البيت، وجملة (سمّيته) معطوفةٌ على نظمته وحين يتعلّق بسمى. و (تمّ) بمعنى كمل وبما يتعلّق بألمّ، وألمّ معناه نزل والمناسب للمحلّ أنّه من باب قولهم ألمّ بكذا أي أشعر به أو لا إلمام له بكذا أي لا إشعار له به، وبه يتعلّق بتعمّ والبلوى مبتدأٌ وجملة تعمّ خبره والجملة صلة ما، وجملة قد ألمّ حالٌ من فاعل تمّ، وتقدير البيت: نظمته تذكرةً وسمّيته بكذا حين كمل حال كونه ملمًّا أي مشعرًا بما البلوى تعمّ به للقضاة ويتكرّر وقوعه لديهم، والتّحفة ما أتحفت به الرّجل من البرّ واللّطف، وكذا التّحفة بفتح الحاء والجمع تحفٌ (والنّكت) جمع نكتة بالتّاء المثنّاة وهي التّنبيه على ما ينبو عنه النّظر ولا يدرك بسرعةٍ والعقود: جمع عقد، والمراد بها الصّكوك والوثائق المكتوب فيها ما انبرم بين المتعاقدين من بيعٍ أو نكاحٍ أو غير ذلك، والأحكام جمع حكمٍ وهو ما يلزم به القاضي المتخاصمين أو أحدهما موافقًا للشّرع لأنّ الفتوى هي الإخبار بالحكم الشّرعيّ من غير إلزامٍ، والحكم هو الإلزام بالحكم الشّرعيّ، وفي هذه التّسمية إشارةٌ إلى أنّه جرى مجرى المؤلّفين في الأحكام من عدم تعرّضهم للمعتقدات والعبادات بل اقتصروا على مسائل الأحكام والخصومات. وقد جرى النّاظم رحمه الله على عادة غيره من المؤلّفين في تسمية تآليفهم بما يختارونه لها من الأسماء الدّالّة على ما يريدونه فيها، وكلامه صريحٌ في أنّ التّسمية كانت بعد كمال النّظم وتمامه، وهذه التّسمية مشعرةٌ بأنّ للنّاظم كلامًا على الوثائق وهو إنّما تكلّم على الأحكام خاصّةً، وأجاب ولده بأنّ الفقه المذكور في النّظم هو الّذي بنيت عليه العقود ورسمت عليه الوثائق، فمعرفته طريقٌ لمعرفة ما عقد في الوثائق وطريقة التّوثيق مبنيّةٌ على الاحتياط والحزم والخروج عن الخلاف وارتكاب الوجه المتّفق عليه قطعًا للنّزاع والخصومات، وذلك كاشتراطهم إذن المضمون عنه للضّامن في الضّمان وإن كان المشهور عدم اشتراطه، وسيقول النّاظم ولا اعتبار برضا من ضمنا، وكإنزال المشتري فيما اشتراه من الأصول أي إقباضه إيّاها وذلك

للخروج من الخلاف الّذي في انتقال الضّمان هل هو بنفس العقد وهو المشهور أو إلاّ مع القبض فللخروج من هذا الخلاف يقول الموثّقون في وثائقهم: ونزل المبتاع فيما ابتاع، وأبرأ البائع من درك الإنزال؛ لأنّه بنزوله فيما ابتاع يسقط الضّمان عن البائع باتّفاق. وفي ذلك يقول الإمام سيّدي عبد الواحد الونشريسيّ في نظم إيضاح المسالك لوالده - رحمهما الله - في ترجمة البيع هل هو العقد فقط أو العقد والقبض بعد أن ذكر الإنزال.

وللخروج من خلاف أشهبا أورده الموثّقون الكتبا

إلى غير ذلك من مسائلهم المبنيّة على الاحتياط والخروج من الخلاف، والفقه الّذي تضمّنته كتب الأحكام هو لباب الفقه ومنخوله.

وذاك لمّا أن بليت بالقضا بعد شبابٍ مرّ عنّي وانقضى

وإنّني أسأل من ربٍّ قضا به عليّ الرّفق منه في القضا

والحمل والتّوفيق أن أكونا من أمّةٍ بالحقّ يعدلونا

حتّى أرى من مفرد الثّلاثة وجنّة الفردوس لي وراثه

الإشارة بذلك إلى النّظم تسميته، ولمّا بمعنى حين، (وأن) بعدها زائدةٌ على حدّ ﴿ولمّا أن جاءت رسلنا لوطًا﴾ [هود:٧٧] وبليت معناه امتحنت بخطّة القضاء فبالقضاء يتعلّق ببليت وكذا بعد شباب، ويحتمل أن يكون متعلّقًا بمحذوف صفةً، أو حالاً من القضاء والشّباب الصّبا، وقال الجوهريّ: الشّباب الحداثة وكذا الشّبيبةُ وأشار بالبيت إلى بيان وقت نظمه لهذه الأرجوزة وهو حين ولايته خطّة القضاء، وقد كانت ولايته لها بمدينة وادي آش في شهر صفر من عام عشرين وثمان مائة إلى أن نقل عنها إلى قضاء الجماعة بالحضرة وذلك في ذي القعدة من عام أربعة وعشريّن وثمان مائة، كذا قال ولده - رحمه الله - ويعني بالحضرة والله أعلم حضرة غرناطة أعادها الله للإسلام، ثمّ سأل من الله سبحانه أن يرفق به فيما قضى به في أزله، وجملة قضى به عليّ صفةٌ لربٍّ، والرّفق مفعول أسأل. والحمل والتّوفيق معطوفان على الرّفق والحمل على حذف مضاف، أي قوّة الحمل سأل من الله تعالى أن يعينه على حمل أعباء هذه الخطّة العظيمة وأن يوفّقه فيها إلى الصّواب لأن يكون ممّن قال الله تعالى فيه: ﴿وممّن خلقنا أمّةٌ يهدون بالحقّ وبه يعدلون﴾ [الأعراف:١٨١] حتّى يرى مفرد الثّلاثة وأشار به إلى ما خرّجه النّسائيّ في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال: رسول الله ﷺ: «القضاة ثلاثةٌ: اثنان في النّار وواحدٌ في الجنّة، رجلٌ عرف الحقّ فقضى به فهو في الجنّة، ورجلٌ عرف الحقّ فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النّار، ورجلٌ لم يعرف الحقّ فقضى للنّاس على جهلٍ فهو في النّار»[٣] وجملة وجنّة الفردوس لي وراثه في موضع الحال من نائب أرى، والجنّة بفتح الجيم الحديقة ذات النّخل والشّجر قال في القاموس: والفردوس قال الفرّاء: الفردوس عند العرب البستان الّذي فيه الكرم ومعنى كونها وراثةً له أن يكون من أهلها.

---

(٣) [حديث صحيح]: أخرجه أبو داود (٣٥٧٣)، والنسائي (٥٩٢٢) في الكبرى، والترمذي (١٣٢)، وابن ماجه (٢٣١٥)، والطبراني في الكبير (١١٥٤، ١١٥٦)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٩٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١١٦، ١١٧)، وصححه الشيخ الألباني في الإرواء (٢٦١٤).

باب القضاء وما يتعلق به

قال في التّوضيح في شرح قول ابن الحاجب في القضاء وهو فرض كفاية ما نصّه: قال الأزهريّ: القضاء في اللّغة على وجوه مرجعها إلى انقضاء الشّيء وتمامه وقال الجوهريّ: القضاء الحكم، وعلم القضاء وإن كان أحد أنواع علم الفقه، إلاّ أنّه يتميّز بأمور زائدة لا يحسنها كلّ الفقهاء وقد يحسنه من لا باع له في الفقه وهو كالتّصريف من علم العربيّة فإنّه ليس كلّ النّحاة يعلم التّصريف، وقد يحسنه من لا باع له في النّحو. وإنّما كان فرضًا لأنّه لمّا كان الإنسان لا يستقلّ بأمور دنياه إذ لا يمكن أن يكون حرّاثًا طحّانًا جزّارًا إلى غير ذلك من الصّنائع المفتقر إليها احتاج إلى غيره، ثمّ بالضّرورة قد يحصل بينهما التّشاجر والتّخاصم لاختلاف الأغراض، فاحتيج إلى من يفصل تلك الخصومة ويمنع بعضهم من غرضه؛ ولهذا وجب إقامة الخليفة، لكن نظر الخليفة أعمّ إذ أحد ما ينظر فيه القضاء ولمّا كان هذا الغرض يحصل بواحدٍ أو جماعةٍ كان ذلك فرض كفاية؛ لأنّ ذلك شأن فرض الكفاية ا هـ.

ابن عرفة: القضاء صفةٌ حكميّةٌ توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشّرعيّ ولو بتعديلٍ أو تجريحٍ لا في عموم مصالح المسلمين، والنّفوذ بالذّال المعجمة الإمضاء وهو المراد هنا، وأمّا بالدّال المهملة فمعناه الفراغ والتّمام، وقوله: نفوذ حكمه... إلخ أخرج به من ليس بتلك الصّفات فإنّه لا ينفذ حكمه وإنّما تثبت الصّفة الحكميّة للموصوف بعد ثبوت تقديمه للحكم، فتقديمه للحكم والفصل إذا كان أهلاً هو الموجب لحصول الصّفة الحكميّة، والمراد بالحكم الشّرعيّ هنا هو إلزام القاضي الخصم أمرًا شرعيًّا، والإضافة تعيّنه؛ لقوله: حكمه الشّرعيّ، وأخرج به غير الحكم الشّرعيّ وليس المراد به خطاب الله تعالى. وقوله: ولو بتعديلٍ أو تجريحٍ هو معطوفٌ على مقدّرٍ أي بكلّ شيءٍ حكم به ولو بتجريحٍ أو تعديلٍ ليصير التّعديل والتّجريح من متعلّق الحكم وهو كذلك، وخرج بقولنا بكلّ شيءٍ حكم به الّذي قلنا إنّه مقدّرٌ قبل قوله ولو بتعديل الثّبوت والتّأجيلات ونحوهما إذ ليست بحكم. قوله: لا في عموم مصالح المسلمين أخرج به الإمامة الكبرى؛ لأنّ نظره أوسع من نظر القاضي لأنّه أي القاضي ليس له قسمة الغنائم ولا تفريق مال بيت المال ولا ترتيب الجيوش، ولا قتال البغاة ولا الإقطاعات وفي إقامة الحدود خلافٌ، انظر الرّصّاع.

بسم الله الرّحمن الرّحيم

وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلّم الحمد لله.

(فائدةٌ: قال القرافيّ القاضي من حيث هو قاض إنّما له إلزام الحكم، أمّا نفوذه فلا؛ لتعذّر ذلك عليه كالحكم على الملوك، والجبابرة، فإلزام الحكم موجودٌ والقدرة على التّنفيذ لا وجود لها في حقّ العاجز ا هـ. وعلى هذا) فمعنى قوله في الحدّ نفوذ (حكمه) أي إلزام

قوله: **(فائدة: قال القرافي: القاضي من حيث هو قاض)** إلى قوله: **(وعلى هذا)** إلخ، يظهر أن كلام ابن عرفة لا يحتاج إلى قول هذا الشارح إلزام إلخ، بيان ذلك أن النفوذ في كلام ابن عرفة هو المضي أي مضي حكم الحاكم ذلك هو لزوم حكم الحاكم لمن حكم عليه، ولا انفكاك عنه أصلاً لأجل الوصف الذي قام بمن حكم، فقول ابن عرفة نفوذ حكمه فقوله نفوذ هو للزوم المذكور. وقوله: (حكمه) المراد به الإلزام الذي يطاوعه اللزوم هو النفوذ، ومن طالع كلام ابن فرحون علم هذا، فابن عرفة إنما تكلم عن اللزوم أي القاضي هو الذي إذا ألزم أحد شيئًا ألزمه، فكلامه في اللزوم الذي هو النفوذ، ألا ترى أن غير القاضي إذا ألزم أحدهما شيئًا لا يلزم الملزوم به، ولا كذلك القاضي فافهم، فتفسير هذا الشارح النفوذ في كلام ابن عرفة بالإمضاء غير جيد والأولي تفسيره بالمضي، كما لا يخفى على من له مسكة من الفهم، واللزوم ثلاثي لألزم الرباعي، والذي في كلام القرافي هو التنفيذ وهو تبليغ صاحب الحق لحقه بالفعل وإخراجه من الذي هو عليه بسجن أو غيره يظهر ذلك بتأمل كلام ابن عرفة والقرافي، ويدل لذلك أيضًا قول ابن فرحون مفسراً تنفيذ الحاكم حكم نفسه ما نصّه: هو الإلزام بالحبس وأخذ المال بيد القدرة ودفعه لمستحقه وتخليص سائر الحقوق وإيقاع الطلاق على من يجوز إيقاع الطلاق عليه ونحو ذلك، فالتنفيذ غير الحكم والثبوت، فالثبوت هو الرتبة الأولى، والحكم هو الرتبة الوسطى، والتنفيذ هو الرتبة الثالثة، وليس كل الحكام لهم قوة التنفيذ لا سيما الحاكم الضعيف إلخ وهذا منه بلفظه، فالتنفيذ هو الذي يقدر عليه تارة وتارة، لا، ولا كذلك النفوذ يظهر ذلك بتأمل أنقال هذا الشارح بنفسه، وهذا على كلام القرافي ومن تبعه، فقد قال في نوازل الأقضية من المعيار عن العقباني ما نصّه: وللقاضي أن يمتنع من الحكم إن ظهر لهم دخول ضرر عليه إن هو حكم ولا حرج عليه إن شاء الله تعالى هذا لفظه وهو ظاهر، فإن العتاة الذين لم السطوة إن قيل لأحدهم ألزمتك كذا شرعًا فإن القاضي يخاف من هذا الإلزام وهو غير التنفيذ، وعليه فالإلزام والتنفيذ للقاضي تركهما، واللزوم فرع الإلزام فقد يوجد حتى في حق الظالم فيشهد القاضي عدلين خفية أنه ألزم الظالم كذا، فاللزوم في هذا حاصل وينفذ مقتضاه من قدر على ذلك من سلطان أو غيره، فزيد إن أثبت عند القاضي ببينة عادلة أن له على عمرو ديناراً وعجز عمرو عن الدفع في البينة فالقاضي يشهد عدلين أنه ألزم عمراً بدفع ديناراً لزيد، ويلزم من هذا الإلزام لزوم الدينار لعمرو شرعًا ويأمره القاضي بإعطائه، فإن امتنع عمرو من دفعه نفذ القاضي ذلك أي أزال دينار من كيسه ويدفعه لزيد إن كان معه أو سجنه إلى أن يعطيه، فالإلزام حكم، واللزوم مطاوعة، وتنفيذه غيرهما، وإنما يفعل القاضي الإلزام والتنفيذ إن لم يخف وقدر، وإلا أشهد بالإلزام خفية ويبقى الإشهاد بيد زيد إلى أن يجد من يقدر على التنفيذ، ويلزم القادر التنفيذ لهذا المشهود له إن علم عذر عجزه وأنه من الذين يلزم حكمهم، وكذلك الخصم له أن يقول للقاضي: احكم لي على الظالم وأنا أرفعه إلى من يقدر عليه، وكذلك القائد إن شكا إليه أحد فإنه يقول للشاكي: اذهب للقاضي يكتب لك حكمه وأنا أنفذه، ومن مارج الناس أدرك هذا غاية وتبين له النهاية، هذا تحرير المسألة. وقول القرافي في حقيقة الحكم إنشاء إلزام إلخ أي اتخاذه وهو راجع لما ذكرناه من كون الحكم هو الإلزام. وقال القرافي في محل آخر: الحكم إلزام الخصم إلخ وقد نصوا على

نفوذ كلّ ما ذكرناه، والمعنى أنّ هذه الصّفة من شأنها ذلك وفي تبصرة ابن فرحون ناقلاً عن القرافيّ الحاكم من حيث هو حاكمٌ ليس له إلاّ الإنشاء، وأمّا قدرة التّنفيذ فأمرٌ زائدٌ على كونه حاكمًا فقد يفوّض له التّنفيذ وقد لا يندرج في ولايته ا هـ.

واعلم أنّ النّاظم بوّب للقضاء وما يتعلّق به وقد تقدّم أنّ القضاء هو الحكم وأشار له هنا بقوله: منفّذٌ بالشّرع للأحكام فترجم للمصدر وذكر مكانه اسم الفاعل لأنّ المصدر موجودٌ في اسم الفاعل وأصلٌ له فهو من التّعبير بالأصل عن الفرع كقول ابن مالك: في الابتداء: مبتدأٌ زيدٌ ولم يذكر بعده ما يتعلّق بالقضاء في هذه التّرجمة إلاّ أوصاف القاضي الّتي بعضها شرط صحّة وبعضها شرط كمال أو شرطٌ في دوام ولايته وموضع جلوسه، وذاك هو المعنيّ بقوله في التّرجمة وما يتعلّق به ويأتي الكلام على ذلك إن شاء الله.

منفّــذٌ بالشّــرع للأحكام لــه نيــابةٌ عن الإمــام

يعني أنّ القاضي هو المنفّذ للأحكام بمقتضى الشّرع وموافقته، وأنّ له نيابةً عن الإمام في ذلك فمنفّذٌ خبر مبتدأ محذوف أي القاضي منفّذٌ، وللأحكام يتعلّق بمنفّذٌ وكذا بالشّرع وله نيابةٌ خبرٌ ومبتدأٌ سوّغ الابتداء به العمل في عن الإمام، والجملة خبرٌ ثان عن المبتدأ المحذوف، والرّابط لجملة الخبر بالمبتدأ ضمير له وهذا والله أعلم أولى من إعراب منفّذٌ مبتدأ. وجملة له نيابةٌ خبره؛ لأنّ المقصود بالذّات هو التّعريف بالقاضي وأنّه المنفّذ للأحكام، وأمّا كونه نائبًا عن الإمام فزائدٌ عن المقصود. وهبه مقصودًا أيضًا فدلالة الكلام على فائدتين كما يقتضيه الإعراب الأوّل أولى من دلالته على واحدة كما يقتضيه الإعراب الثّاني والله أعلم. وفهم من قوله: له نيابةٌ عن الإمام أنّ للإمام عزله متى شاء لسبب ولغير سبب كما هو الشّأن فيمن استناب غيره ووكّله على أمر بدا له فله عزله بخلاف من أوصى له الإمام بالخلافة وقبل فليس له عزله. والفرق بينهما أنّ القاضي وسائر العمّال إنّما ولاّهم لينوبوا عنه في بعض الكلف والأشغال الّتي عليه أن يقوم بها للمسلمين وينوبوا عنه في ذلك، وللموكّل أن يعزل وكيله ولا كذلك الوصيّة للرّجل يكون بعده إمامًا للمسلمين، فهذا ليس بحقٍّ له جعل غيره ينوب عليه فيه، وإنّما هو حكمٌ حكم به على المسلمين وأحكامه عليهم نافذةٌ، قاله المازريّ ا هـ. من الفروق للإمام سيّدي أحمد الونشريسيّ رحمه الله.

قال ابن فرحون في تبصرته: حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعيٍّ على سبيل الإلزام (قال غيره) ومعنى قولهم: قضى القاضي، أي ألزم الحقّ أهله. والدّليل على ذلك قوله تعالى: ﴿فلمّا قضينا عليه الموت﴾ [سبأ:١٤] ألزمناه وحتمنا به عليه وفي المدخل لابن طلحة الأندلسيّ القضاء معناه: الدّخول بين الخلق والخالق ليؤدّي فيهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسّنّة، وقال القرافيّ: حقيقة الحكم إنشاء إلزام أو إطلاق، فالإلزام كحكمه بالنّفقة والشّفعة والصّداق ونحوها. وأمّا الحكم بالإطلاق فكما إذا حكم بزوال الملك عن أرضٍ زال الإحياء عنها وأن تبقى مباحةً لكلّ أحد، وحكم بزوال ملك الصّائد

أن حكم الحاكم إنشاء، وبما قدمناه يظهر لك قول الناظم: منفذ بالشرع للأحكام له نيابة عن الإمام. وإنما القاضي هو المفهوم من قول ابن عرفة في حقيقة القضاء صفة حكمية إلخ، فالقاضي هو الذي يلزم حكمه للمحكوم عليه إن ألزم شخصًا شيئًا ذلك الشيء ولصق فيه لصوق الصفة للموصوف فافهم.

عن صيد ندّ منه وحازه ثان. وحكمه أنّه فرض كفاية ولا خلاف بين الأئمّة أنّ القيام بالقضاء واجبٌ ولا يتعيّن على أحد إلاّ أن لا يوجد منه عوضٌ، وقد اجتمعت فيه شروط القضاء فيجبر عليه قيل: أيجبر بالضّرب والسّجن؟ قال: نعم وحكمته رفع التّشاجر وردّ النّوابت وقمع الظّالم ونصر المظلوم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنّهي عن المنكر قاله ابن رشد وغيره ا. هـ. وقد اشتمل هذا الكلام على حقيقة القضاء ومعناه وحكمه وحكمته ثمّ قال في التّبصرة: (واعلم أنّ أكثر المؤلّفين بالغوا في التّحذير من الدّخول في ولاية القضاء حتّى تقرّر في ذهن كثير من الفقهاء والصّلحاء أنّ من ولّي القضاء فقد سهل عليه دينه وألقى بيده إلى التّهلكة، وهذا غلطٌ فاحشٌ تجب التّوبة منه. والواجب تعظيم هذا المنصب الشّريف ومعرفة مكانته من الدّين فبه بعث الرّسل وبالقيام به قامت السّموات والأرض وجعله النّبيّ ﷺ من النّعم الّتي يباح الحسد عليها فقد جاء من حديث ابن مسعود عن النّبيّ ﷺ: «لا حسد إلاّ في اثنتين: رجلٌ آتاه اللّه مالاً فسلّط على هلكته في الحقّ، ورجلٌ آتاه اللّه الحكمة فهو يقضي بها ويعمل بها»(٤) وجاء من حديث عائشة رضي الله عنها أنّه ﷺ قال: «هل تدرون من السّابق إلى ظلّ اللّه تعالى يوم القيامة؟» قالوا: اللّه ورسوله أعلم قال: «الّذين إذا أعطوا الحقّ قبلوه وإذا سئلوه بذلوه، وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لأنفسهم»(٥). وفي الحديث «سبعةٌ يظلّهم اللّه في ظلّه يوم لا ظلّ إلاّ ظلّه: إمامٌ عادلٌ»(٦) وقال ﷺ: «المقسطون على منابر من نورٍ يوم القيامة»(٧) إلى غير ذلك.

واعلم: أنّ كلّ ما جاء من الأحاديث الّتي فيها تخويفٌ ووعيدٌ إنّما هي في حقّ قضاة الجور من العلماء، وفي حقّ الجهّال الّذين يدخلون أنفسهم في هذا المنصب بغير علم ا هـ. باختصار، وقوله في التّحذير من القضاء: وهذا غلطٌ فاحشٌ ليس هو غلطًا، وإنّما هو نظرٌ للغالب الّذي هو كالمحقّق، فإنّ الطّبيعة البشريّة واحدةٌ وما جاز على المثل يجوز على مماثله، والعيب يحدث لمن لم يكن فيه، والنّفس مجبولةٌ على حبّ الدّنيا والإمارة والميل للنّفس والأقارب والأصحاب ومن يعاملها بخير فالتّحذير من القضاء من باب سدّ الذّرائع وتقديم درء المفاسد على جلب المصالح ومن بابّ قول القائل:

إنّ السّلامة من سلمى وجارتها ... ألاّ تحلّ على حالٍ بواديها

وقد سمعت: من بعض أشياخي - رحمه الله - أنّ أميرًا ولّى إنسانًا خطّة الحسبة ثمّ بعد أيّام قليلة طلب من الأمير أن يخلّيه عن تلك الخطّة ويولّيها لغيره فقال له: لم؟ فقال: إنّ النّاس يهدّون لي ويعاملونني بخيرٍ لمّا تولّيت، ولا أقدر أن أحكم على من يعاملني بخيرٍ

---

(٤) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٧٣، ١٤٠٩، ٧١٤١، ٧٣١٦)، ومسلم (٨١٦)، وابن ماجه (٤٢٠٨)، وأحمد في المسند (١/ ٣٨٥، ٤٣٢)، والحميدي في مسنده (٩٩)، وابن المبارك في الزهد (١٢٠٥)، وابن حبان في صحيحه (٩٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤/ ١٨٩).

(٥) [حديث ضعيف]: أخرجه أحمد في المسند (٦/ ٦٧، ٦٩)، وأبو نعيم في الحلية (١/ ١٦)، وضعفه الشيخ الألباني في ضعيف الجامع (١٠١).

(٦) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٦٦٠، ١٤٢٣، ٦٤٧٩، ٦٨٠٦)، ومسلم (١٠٣١)، والترمذي (٢٣٩١)، والنسائي (٥٣٩٥)، وأحمد في المسند (٢/ ٤٣٩)، وابن المبارك (١٣٤٢) في الزهد، وابن خزيمة في صحيحه (٣٥٨)، وابن حبان في صحيحه (٤٤٨٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٤/ ٩٠).

(٧) [حديث صحيح]: أخرجه مسلم (١٨٢٧)، والنسائي (٥٣٩٤)، وأحمد في المسند (٢/ ١٥٩، ٢٠٣)، والحميدي (٥٨٨)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٨٨)، وابن حبان في صحيحه (٤٤٨٤، ٤٤٨٥).

بما يكره فانظر فإنّ مثل هذا هو الموجود غالبًا، وأمّا من لا يقبل هديّةً ولا يميل لغرض ولا يخاف في اللّه لومة لائم فهو قليلٌ لا سيّما في هذا الوقت فهو ممّا يسمع به ولا يرى تغمّد اللّه الجميع برحمته.

واستحسنت في حقّه الجزالة وشرطه التّكليف والعدالة

وأن يكون ذكرًا حرًّا سلم من فقد رؤيةٍ وسمعٍ وكلم

ويستحبّ العلم فيه والورع مع كونه الحديث للفقه جمع

ذكر في هذه الأبيات بعض شروط القاضي، ويطلق عليها صفاتٌ؛ لأنّها قائمةٌ به وقسّمها إلى قسمين: شروط صحّة يلزم من عدمها أو عدم واحد منها عدم صحّة ولايته، وشروط كمال تصحّ ولايته بدونها لكن الأولى وجودها، فذكر من شروط الصّحّة التّكليف والعدالة والذّكورة والحرّيّة وكونه سميعًا بصيرًا متكلّمًا. ومن شروط الكمال الجزالة والعلم والورع، وجمعه بين الفقه والحديث فاشترط فيه التّكليف المشتمل على شرطي العقل والبلوغ لأنّ غير العاقل وغير البالغ لا يجري عليهما قلمٌ ولا يتوجّه إليهما خطابٌ فلا يتعلّق بقول واحد منهما حكمٌ على نفسه فأولى على غيره ولا يكتفى في شرط العقل بالعقل الّذي يتعلّم به التّكليف من علمه بالمدركات الضّروريّات بل حتّى يكون صحيح التّمييز جيّد الفطنة بعيدًا عن السّهو والغفلة؛ حتّى يتوصّل بذلك إلى وضوح ما أشكل وفصل ما أعضل. قال الماورديّ: واشترطت فيه العدالة المستلزمة لشرط الإسلام لأنّ الكافر لم يجعل اللّه له على المؤمنين سبيلاً. والولاية من أعظم السّبيل؛ ولأنّ الفاسق غير مأمون على الأحكام ولا موثوقٌ به في اجتناب الأغراض ويأتي أنّ العدل هو من يجتنب الكبائر ويتّقي في الغالب الصّغائر والمباح الّذي يقدح في المروءة كالأكل في السّوق ونحو ذلك، واشترطت فيه الذّكورة؛ لأنّ القضاء فرعٌ عن الإمامة العظمى وولاية المرأة الإمامة ممتنعٌ لقوله ﷺ: «لن يفلح قومٌ ولّوا أمرهم امرأةً» فكذلك النّائب عنه لا يكون امرأةً. وبالجملة فمنصب الولاية غير مستحقٍّ للنّساء، واشترطت الحرّيّة؛ لأنّ الرّقّ بقيّة أثر الكفر والنّفوس تأنف من الانقياد لمن عليه رقٌّ والإذعان لمن تقرّر عليه لسواه ملكٌ قال الماورديّ: وإذا كان نقص الرّقّ مانعًا من ولاية نفسه فأحرى أن يمنعه من إنفاذ ولايته على غيره ولأنّ الرّقّ لمّا منع من قبول الشّهادة كان أولى أن يمنع من نفوذ الحكم وانعقاد الولاية وكذلك الحكم فيمن لم تكمل حرّيّته من مدبّرٍ ومكاتبٍ ومعتقٍ بعضه هذا في الحكم، وأمّا في الفتوى فلا يمنعه الرّقّ أن يفتي ولا أن يروي لعدم الولاية في الفتوى والرّواية ويجوز له إذا عتق أن يقضي وإن كان عليه ولاءٌ. وأمّا اشتراط كونه سميعًا بصيرًا متكلّمًا فظاهره أنّها من شروط الصّحّة أيضًا قال في التّوضيح عن ابن رشد: وهو ظاهر ما في وثائق أبي القاسم، والظّاهر أنّ فقدها موجبٌ للعزل فتنفذ ولاية الأصمّ والأعمى والأبكم، وتنفذ أحكامه ويجب عزله سواءٌ ولّي كذلك أو طرأ عليه ذلك، وإنّما اشترطت السّلامة في الأعضاء الثّلاثة لعدم تأتّي المقصود من الفهم والإبهام لفاقد بعضها فضلاً عن كلّها.

تنبيهٌ: زاد ابن الحاجب في شروط الصّحّة أن يكون مجتهدًا فطنًا فلا يجوز ولا تصحّ ولاية المقلّد ولا تنفذ أحكامه قال المازريّ: هكذا يحكي أصحابنا عن المذهب أنّه لا تجوز

ولاية المقلّد، وهذا إنّما هو مع وجود المجتهد وإلاّ صحّت ولاية غيره. ابن الحاجب: فإن لم يوجد مجتهدٌ فمقلّدٌ ابن عبد السّلام فينبغي أن يختار أعلم المقلّدين، وهل يلزمه الاقتصار على قول إمامه أم لا؟ قولان، ولاشتراط كونه فطنًا لا تجوز ولاية المغفّل كما في الشّهادة بل اشتراطها هنا أولى قال في التّوضيح: وبقي على ابن الحاجب شرطٌ تاسعٌ وهو أن يكون القاضي واحدًا، نصّ عليه ابن شاسٍ وابن شعبان وغيرهما، أي لا يجوز أن يفرّض القضاء إلى اثنين لا يتمّ الحكم إلاّ باجتماعهما ابن الحاجب ويجوز أن ينصّب في البلد قاضيان أو أكثر كلٌّ مستقلٌّ أو مختصٌّ بناحية أو نوعٍ، وأمّا شروط الكمال فذكر في النّظم منها أربعةً: الأولى: الجزالة مصدر جزل فهو جزيلٌ وهو العاقل الأصيل الرّأي قاله في القاموس وقال عياضٌ: الجزالة الوقار والعقل والقطع وفسّرها بعضهم بالقوّة والإحكام والإتقان ومعنى استحسنت استحبّت قال الشّارح: كونه جزيلاً ذكره ابن رشدٍ في المقدّمات في خصاله المستحبّة.

(الثّاني: العلم قال في التّوضيح: نصّ في المقدّمات) على أنّ العلم من الصّفات

قوله: **(الثاني العلم؛ قال في التوضيح: نص في المقدمات)** إلى آخر ما ذكره من النقول هنا ظاهره في رجحان شرطية العلم في صحة القضاء وذلك هو المذهب، وما نقله عن عياض هو بالمعنى وإلاّ فنصه زيادة على ما هنا، وبعد أن نقل أبو الحسن في شرح المدونة كلام عياض، قال بعده ما نصّه: إن الجاهل لا ينفذ حكمه وإن صادف الصواب إلخ وهذا منه بلفظه، ونقله البرزلي أيضًا وسابقه أي كلام عياض، وما قاله عياض قاله ابن العربي والمازري أيضًا كما في ابن الناظم هنا، وشرطية العلم في صحة القضاء هو الذي في المعونة، ودلّ عليه كلام ابن يونس في المفيد ونصّه: وفي الأحكام لابن مغيث الطليطلي رحمه الله: اعلم أن ممّا اجتمع عليه علماء الأئمة أنه لا يحل لمن تقلد الحكم بين الناس أن يحكم إلاّ بما أمر الله عزّ وجلّ، أو بما ثبت عن رسول الله ﷺ أنه حكم به، أو بما اجتمع عليه العلماء، أو بدليل من هذه الوجوه الثلاثة، واتفق مالك وجميع أصحابه والشافعي وأبو حنيفة رحمهم الله تعالى لا يجوز لحاكم أن يحكم بين الناس حتى يكون عالمًا بالحديث والفقه إلخ وهذا منه بلفظه، بل كلام الكافي يقتضي الاتفاق على هذه الشرطية حيث قال ما نصهّ: لم يختلف العلماء بالمدينة وغيرها فيما علمت أنه لا ينبغي أن يتولى القضاء إلاّ الموثوق في دينه وصلاحه وعلمه وفهمه، وشرطوا أن يكون عالمًا بالسنة والآثار وأحكام القرآن ووجوه الفقه واختلاف العلماء إلخ وهذا منه بلفظه، وفي التلقين لا يتقضى إلاّ فقيه من أهل الاجتهاد هذا لفظه عالمًا. ذكر المازري هذه الشرطية قال ما نصّه: وحكى ابن رشد عن بعضهم أنه أجاز تولية الجاهل ورأى كونه عالمًا مستحبًا لا شرطًا في الصحة ولا موجبًا للعزل، وهو قول شاذ بعيد من الصواب، فالقاضي أحوج الناس إلى العلم. وقال ابن رشد: ولا يقال إنه يستشير أهل العلم ويحكم بما يجمعون عليه، لأنا نقول: هو مأمور بأن يستشير وإن كان فقيهًا أهل. وقال أبو عمر في كافيه ما نصّه: ولا يجوز أن يشاور فيما يحكم وهو جاهل لا يميز بين الحق والباطل لأنه إذا أشير عليه وهو جاهل بحكمه لم يعلم أنه حكم بحق أو باطل، ولا يجوز أن يحكم بما لا يعلم أنه حق لأن الحاكم لا يحكم بقول من أشار إليه تقليدًا حتى يتبين له الحق من حيث تبين للذين أشار عليه بدلالة تظهر له، هذا لفظه وهذا أولي من كلام ابن رشد وهو

المستحبّة له. وقال الشّارح: وكون العلم في القاضي من الشّروط المستحبّة هو ما ذهب إليه ابن زرقون وابن رشد، خلاف ما ذهب إليه عياضٌ وابن العربيّ والمازريّ من كونه من الشّروط الواجبة أ هـ. وكونه من الشّروط الواجبة هو مقتضى ما تقدّم عن ابن عبد السّلام التّوضيح: قال عياضٌ: وشرط العلم إذا وجد لازمٌ فلا يصحّ تقديم من ليس بعالمٍ، ولا

قوله: لأنا نقول إلخ لاحتمال مشاورة الجاهل واجبة ومشاورة العالم مستحبة كما في المتن وشروحه، وكلام الكافي نقله ابن عات في طرره وسلمه. وقال شيخ الشيوخ الإمام اللخمي بعد كلام ما نصّه: وقد اتفقت هذه الأقوال على أن الحاكم لا يكون جاهلاً بالحكم لأن ذلك تخاطر وتخمين وحدس إلخ، وإذا كان هذا في الحكم فغيره أولى كما لا يخفى. وقال المشذلي في حاشيته: ولا خلاف بين المحققين أن القاضي في هذا الزمان مفتقر إلى حفظ واسع واتساع باع وإدراك جيد نافع إلخ، والذي لابن رشد وتبعه عليه ابن مرزوق والمتيطي وما نسبه ابن سلمون للباجي غير صحيح كما نبّه عليه المصنف وابن عرفة وغيرهم إنما ذلك لابن رشد وابنُ ناجي عن المدونة نسب الشرطية في الصحة لعياض أيضًا وابن العربي والمازري قد تبين أن الراجح هو ما قاله عياض ومن وافقه، وما قاله ابن رشد واتباعه ضعيف غاية لا يحل تقليده فيه، وإن كان ابن ناجي على المدونة وغيره أشار إلى أن كلام ابن رشد ليس على ظاهره واعترضوا على من حمله على ظاهره. فإن قلت: يحمل كلام ابن رشد على أن مراده بالعلم العلم الناشيء عن الاجتهاد، ويدل لذلك قول الأبّي على حديث: «من اجتهد فأصاب إلخ» ما نصّه: قال عياض هذا التقسيم إنما هو في العالم الذي يصحّ منه الاجتهاد، وأما الجاهل فهو آثم في اجتهاده وإن صادف الحق لأن إصابته ليست صادرة عن أصل شرعي إلى أن قال ما نصّه: قلت: يعني بالعالم من فيه أهلية الاجتهاد ثم قال: ويعني بالقاضي الجاهل من لم يبلغ درجة الاجتهاد اهـ. وذكر في المعيار أن مراد الفقهاء بقولهم بتعقب حكم الجاهل هو المقلد كما قاله الأبي إلخ. وكلام ابن يونس دال على هذا أيضًا. قال زعيم الفقهاء أبو سالم اليرتاسني في حبس ابن محرز أثناء كلام فيه في نوازل الحبس من المعيار ما نصّه: ولا خلاف في جواز تعقّب أحكام المقلد وهو الذي يعبر عنه في كتب أئمتنا بالجاهل هذا لفظه. وذكر هذا أهل الأصول في كلامهم على حد الفقيه بل هو حتى في اللوامع لشيخنا اليوسي برد الله ضريحه على جمع الجوامع، قلنا: هذا محمل حسن غاية لكن يعكر عليه، وقد يقتضي أن العالم المقلد يستحب أن لا يكون قاضيًا إن وجد المجتهد، مع أنه وجود المجتهد يحرم عليه القضاء، ولذلك قال في المختصر: إن وجد وإلاّ فأمثل مقلد، وهذا المذهب بين في شروح المختصر، وتكلمنا عن هذا في شرحنا على المختصر وبيّنا ذلك غاية البيان، وحاصل ذلك أن المقلد العالم لا يتولى القضاء مع وجود المجتهد، والعلم شرط في الصحة، وإذا لم يوجد تولى المقلد العالم، وأما الجاهل المقلد فلا تنعقد له ولاية أصلاً ولا يمضي حكمه إن حكم، فقف على هذا المحل من شرحنا ترى عجيب العجاب. والحاصل أن ما قاله ابن رشد لا يحل اتباعه فيه على كل وجه، والمذهب هو ما ذكرناه، ولا فرق في الجاهل بين أن يشاور أو لا فإنه لا تنعقد توليته على المذهب، وقول المتن ونفذ حكم جائر لم يشاور إلخ لمذهب أن أفعال الجاهل كلها مردودة شاور أو لا، لأنه لا تنعقد الولاية له مع الجهل شاور أو لا، وبيّنا في هذا في شرحنا غاية على المختصر هناك، وممّن ذكر ذلك الباجي، وأنه لا تنعقد ولاية للجاهل مطلقًا، وذكرنا أن من قال بقول المتن وهو قوله وجاهل لم يشاور أي أن جواز حكمه من باب مراعاة المصلحة لا أنه حكم لازم وفي نفسه، إذ شرط انعقاد الولاية لم يوجد، ولولا الإطالة لجلينا ذلك وهو الذي في

ينعقد له تقديمٌ مع وجـود العالم المستحقّ للقضاء لكن رخّص فيمن لم يبـلغ رتبة الاجتهاد في العلم إذا لم يوجد من بلغها، ومع كلّ حال فـلا بدّ أن يكون له علمٌ ونباهةٌ وفهمٌ فيما يتولاّه وإلاّ لم يصحّ له أمرٌ ا هـ. وفي الشّارح عن الإمام مالك ﷺ قال: لا نرى خصال القضاء تجتمع اليوم في أحد فإذا اجـتمع له منها خصلتان ولّي القضاء العلم والورع قال ابن حبيب: فإن لم يكن علمٌ فعقلٌ وورعٌ فبالعقل يسأل وبالورع يقف. الثّالث: الورع وهو ترك الشّبهات والتّوقّف في الأمـور والتّثبّت فيها. الرّابع: على ما ذكر النّاظم كونه جـامعًا للفقه والحديث قال الشّارح: ومـا اقتضاه المنقول عن مطرّف وابن الماجشـون وأصبغ في قولهم لا يولّى اليوم القضاء صاحب رأي لا حديث عنده ولا صاحب حديث لا فقه عنده فإنّما يعني بهذا أن يكون للقاضي من الاتّصاف بالعلم والمشاركة في الفقه والحديث ما يتهيّأ له النّظر به في النّوازل، والبـحث عن الدّلائل والتّرجـيح عند وقوع الخـلاف والاختـيار عند تـعارض الأقوال ا هـ.

تنبيهٌ: زاد ابن الحاجب في الشّـروط المستحـبّة كونه غنـيًّا لا دين عليه بلديًّا مـعروف النّسب غير محدود حليمًا مستشـيرًا لا يبالي لومة لائم سليمًا من بطانة السّوء غير زائد في الدّهاء قال في التّوضيح: استحبّ الغنيّ؛ لأنّ الفقير قد يحتاج إلى غيره ومقالة السّوء تكثر فيه بخلاف الغنيّ. ابن عبد السّلام: والظّاهر الاكتفاء بالغنى عن عدم الدّين واستحبّ كونه ليعرف النّاس والشّهود والمقبولين من الشّـهود وغيرهم ابن رشد وابن عبد السّلام: والولاة الآن يرجّحون غير البلد إذ لا يخلو البلديّ من أعداء. والغالب وجود المنافسة بينه وبين أهل بلده وكونه معروف النّسب؛ لأنّ من لا يعرف أبوه من ولد لعان أو زنًا يطعن فيه فلا يكون له في نفوس النّاس كبيـر هيبة وكونه غير محدود، أي في زنًا ولا غيـره، وكونه حليمًا أي على الخصـوم ألاّ تنتهك حرمةُ الشّـرع فيكون انتصّـاره لغيره، وبذلك تتمّ مهـابته الّتي هي إحدى صـفات الكمال وكونه مـستشيـرًا أي لأولي العلم؛ لأنّه أعون له لحصـول الصّواب وقولـه لا يبالي لومـة لائم الظّاهر أنّ هذا راجعٌ إلى الوصف الأوّل أي العدالـة لأنّ الخوف من لومة اللائم راجعٌ إلى الفسق وكونه سليمًـا من بطانة السّوء؛ لأنّ السّلامة منها رأس كلّ خير وكـثيرًا ما يؤتـى على أهل الخير من جهـة قرنائهم السّوء، وكونه غـير زائد في الدّهاء قيل: لأنّ ذلك يحمله على الحكم بالفراسة وتعـطيل الطّرق الشّرعيّة من البيّنة والأيمان. ابن الحاجب فقد عزل عمر زيادًا لذلك التّوضيح. ويقال: إنّ عمر قال لزياد لمّا عزله: كرهت أن أحمل النّاس على فضل عقلك.

وحـيث لاق للقـضاء يقـعـد وفي البـلاد يستـحبّ المسـجد

يعني أنّ القاضي يجلس للقضاء والفصـل بين الخصوم حيث يليق ذلك ويصلح له كان في بادية أو حاضـرة فإن كان في حـاضرة استحبّ جلوسـه في المسجد قـال الشّارح: نقل

المتن، وقد قـال أيضًا صاحـبه وحرم لجاهل وابن عـاصم هنا تبع ابن رشد ومن تبـعه ولم ينبغ له ذلك بل أوهم الناس خلاف المذهب، وقد رأينا احتجاج الجهلة بكلام ابن عاصم كثيرًا، وفي ذلك فساد عظيم وأمر جسيم.

اللّخميّ عن أشهب أنّه قال: لا بأس بجلوسه في منزله أو حيث أحبّ وفي البلاد استحبّ له القعود في المسجد.

(وهذا هو الّذي روى ابن القاسم عن مالك) ﷺ أنّه قال: قضاء القاضي في المسجد

قوله: **(وهذا هو الذي روى ابن القاسم عن مالك إلخ)** هذا كلام صحيح، ولكن ربما يظهر أن القضاء برحاب المسجد الخارجة عنه أولى من هذا. وقد قال ابن القاسم بعد نقله كون المسجد أولى ما نصه: وكان أمر من مضى من القضاة لا يجلسون إلاّ في رحاب المسجد ليصل إليهم اليهود والنصارى والنساء الحيض، قال غيره: أو لئلا يدخل عليه في ذلك ضرر من كثرة الناس حتى يشغله ذلك عن كثرة النظر والفهم ولكن له موضع من المسجد في رحابه الخارجة عنه، قال مالك: ليصل إليه اليهود إلخ. وفي اللخمي عن ابن حبيب حين ذكر الخلاف في المسألة ما نصّه: قال في كتاب ابن حبيب: كان من مضى من القضاة لا يجلسون إلاّ في رحاب المسجد خارجًا إما في موضع الجنائز وإما في رحبة من دار مروان وما كانت تسمى إلاّ رحبة القضاء، قال مالك: وإني لأستحب إلخ ثم قال ما نصّه: قوله يقضي في الرحاب خارجًا عن المسجد أحسن لحديث: «جنّبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم»(٨) ولم يعترض هذا باللعان لأنها أيمان إلخ. ونقل ابن دبوس أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى القاسم بن عبد الرحمن أن لا يقضي في المسجد لأنه يأتيه المشرك والحائض إلخ. زاد ابن فرحون بعد هذا النقل ما نصّه: وبذلك أخذ الشافعي واحتجوا بأن فيه تضييقًا على الناس ومنهم الحائض والجنب وأهل الذمة، وفيه امتهان للمسجد لكثرة اللغط واللجاج وما يقع بين المتخاصمين، وأيضًا فإن بعض العوام يدخل المسجد ورجله فيها بلل وربما كانت غير طاهرة ومفاسدة عديدة إلخ وهذا منه بلفظه، ولهذا قال ابن حبيب ما نصّه: أحب إليّ أن يجلس في رحاب المسجد الملاصقة إلخ. وفي وثائق ابن فتوح ما نصّه: ينبغي للقاضي أن يلتزم النظر في المسجد وفي رحابه أفضل من أجل الحيض وأهل الذمة إلخ. وقال ابن مرزوق ما نصّه: ومنع الشافعي وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز القضاء في المسجد وكرهه آخرون وإليه مال أهل المذهب من الأندلسيين، قيل: وهو الأقرب اليوم لقلة المصلين والمستحفظين، فقد يدخله الجنب والحائض إلى ما ينضم إلى ذلك من رفع الأصوات بالباطل إلخ. وما ذكر من الأجوبة عن هذا مع كون القاضي ينهى عن ذلك ففي ذلك ضعف لا سيما آخر الزمان لقلة نصرة الدين وقلة من يغير، وابن عبد السلام والمصنف ذكر الكراهة في الحكم في المسجد باعتبار الزمان، وقال في المجالس بعد ذكره الخلاف: والأظهر ما في كتاب ابن حبيب إلخ. وأشار الأجهوري لشيء من هذا، وقد علّلوا الندب في المسجد بمضمون قول المدونة والقضاء في المسجد من الحق، ولأنه من الأمر القديم، ولأنه يرضى فيه بالدون من المجلس وتصل إليه المرأة والضعيف فإذا احتجب لم يصل إليه الناس إلخ. وهذا منها بلفظ التهذيب. وتقدم أن القضاء في الرحاب هو فعل من مضى، وكان الناس يعنون الحكم بالمسجد ما يشمل القضاء برحابه لأنهم يقابلون ذلك بكونه يقضي في داره بدليل قضية أبي موسى المذكورة هنا، وإذا ثبت هذا فالصواب هو القضاء برحاب المسجد، لأن ما علّلوا به القضاء في المسجد يوجد في رحابه، وتزيد الرحاب بوصول من لا يدخل المسجد من حائض ونحوها وبنزاهة المسجد ممّا أشير إليه، وهذا أمر لا ينكره إلاّ من لم ينصف أو من لم يرزقه الله فهمًا، ومن راقب الله تعالى وفهم واطلع على ما يقع في المسجد في هذه الأزمان التي في حدود الثلاثين بعد مائة وألف جزم بما أشرنا إليه ولم يبق ريب لديه، وأن

---

(٨) [حديث ضعيف]: أخرجه ابن ماجه (٧٥٠)، وعبد الرزاق في المصنف (١٧٢٦)، والطبراني في الكبير (٧٦٠١)، وضعفه الشيخ الألباني في الإرواء (٧/ ٣٦٢).

من الأمر القديم، وإذا جلس فيه رضي بالدّون من المجلس ووصل إليه الضّعيف والضّعيفة ا هـ. المدوّنة قال مالكٌ: القضاء في المسجد من الحقّ وهو من الأمر القديم لأنّه يرضى فيه بالدّون من المجلس وتصل إليه المرأة والضّعيف وروى ابن حبيب يجلس برحاب المسجد، وهذا أحسن لقوله ﷺ: «جنّبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصومَاتكم»[9] ا هـ. من الموّاق وفي المقرّب قال مالكٌ: ولا بأس أن يضرب في المسجد الأسواط اليسيرة قال الشّارح وممّا يلحق بذلك محلّ سكناه من المصر ونقل اللّخميّ عن ابن شعبان من العدل كون منزل القاضي بوسط مصره. قال الشّارح: وممّا يتعلّق بهذا البيت أمورٌ. أحدها في كيفيّة جلوسه إذا جلس في المسجد أو غيره والمستحسن لأهل العلم في كيفيّة جلوسه أن يكون مستقبل القبلة قاله ابن شعبان وأن يكون مربّعًا أو محتبيًا قاله المتيطيّ، وروى ابن الموّاز: لا بأس أن يقضي القاضي وهو متكئٌ ويلحق بذلك قعودُ الخصمين عنده، والّذي ينبغي أن يجلسهما بين يديه كانا قويّين أو ضعيفين، أو أحدهما قويٌّ والآخر ضعيفٌ، والمشهور التّسوية بين المسلم والذّمّيّ في التّقريب في المجلس، ثانيها: وقت قعوده، والصّواب في ذلك أن يكون في أوقات معلومة ولا يستغرق الجلوس للحكم أوقاته كلّها حتّى يكون كالمستأجر. قال ابن أبي زمنينَ: قالوا ينبغي للقاضي أن يجعل لجلوسه ساعةً يعرفها النّاس فيأتونه فيها، وحكى ابن يونس عن مطرّف وابن الماجشون: ولا يجلس للقضاء بين المغرب والعشاء ولا بالأسحار ما علمنا من فعله إلاّ لأمر يحدث بتلك الأوقات فلا بأس أن يأمر فيها وينهى ويرسل الشّرطيّ أمّا الحكم فلا، وكذلك الجلوس في أيّام العيد وعند خروج الحاجّ وما أشبه ذلك من الأوقات الّتي على النّاس فيها تضييقٌ. ثالثها: ينبغي أن يكون على حالة الاعتدال ولا يكون على حالة تشوّش فهمه من غضب ونحوه كالجوع والعطش المفرطين والنّوم والكسل والحزن والجزعّ. قال ابن أبي زمنين: ما ينبغي للقاضي أن يتضاحك مع النّاس ويستحبّ أن تكون فيه عبوسةٌ من غير غضب، وأن يلزم التّواضع والنّسك في غير وهنٍ ولا ضعف ولا ترك شيء من الحقّ. رابعها: أن يجتنب كلّ ما فيه إخلالٌ بالمرتبة وإن كان مباحًا في أصله كالبيع والشّراء لنفسه في مجلس قضائه إلاّ ما خفّ وعن طلب العواريّ والتماس الحوائج وقبول الهدايا من أحد وعن إجابة الدّعوة إلاّ للوليمة وحدها لما جاء في ذلك من الحديث ثمّ إن شاء أكل وإن شاء ترك وله عيادة المرضى وشهود الجنائز والتّسليم على النّاس، والرّدّ عليهم إذا بدءوه ويتأكّد عليه أن يعتمد على من يثق به في إخباره بأحواله وتعريفه بسيرته ليجتنب بذلك ما ينبغي اجتنابه ا هـ. من الشّارح لكن باختصارٍ ثمّ قال:

القضاء الآن في المسجد منهي عنه بلا ريب ولا توقف، ومن طالع شرحنا لقول المختصر وجلس به في كتاب القضاء رأى ما يشهد لما ذكرناه عيانًا، والله حسيب من لم ينصف وسائله، وقد قال تعالى: ﴿**في بيوت أذن الله أن ترفع**﴾ [النور:٣٦] الآية، وما ذكره ابن عرفة عن اللخمي وابن رشد فيه نظر، قف على شرحنا في ذلك.

(٩) [حديث ضعيف]: تقدم فيما قبله.

فصلٌ في معرفة أركان القضاء

تمييز حال المدّعي والمدّعى عليه جملة القضاء جمعا

فالمدّعي من قوله مجرّدٌ من أصلٍ أو عرفٍ بصدقٍ يشهد

والمدّعى عليه من قد عضّدا مقاله عرفٌ أو أصلٌ شهدا

الأركان جمع ركنٍ وهي أجزاء الماهيّة الّتي تختلّ باختلال بعضها، والقضاء الحكم والفصل بين المتخاصمين، وأركانه على ما ذكر النّاظم ثلاثةٌ المدّعي والمدّعى عليه والدّعوى وقد ذكر في التّرجمة الثّلاثة المذكورة وما يطلب به كلٌّ من المدّعي والمدّعى عليه ومحلّ الحكم إذا كان كلٌّ من المتخاصمين في بلدٍ ومن يقدّم عند اجتماع الخصوم، ومن يقدّم بالكلام من المتخاصمين، وحكم ما إذا جهل القاضي المدّعى عليه من المدّعي مقدّمًا جميع ذلك بفذلكةٍ قريبةٍ، وهي أنّ تمييز القاضي بين المدّعي والمدّعى عليه، عليه يبنى جميع مسائل القضاء، وذلك أنّ الماهيّة إذا عرفت أركانها على التّفصيل فقد عرفت حقيقتها. والمدّعي والمدّعى عليه ركنان، فإذا تميّز للقاضي كلٌّ منهما مع معرفته بالدّعوى فقد عرف الطّالب من المطلوب، ومن يطالب بالبيّنة أو باليمين والدّعوى الّتي يطالب المدّعى عليه بجوابها وغيرها إلى غير ذلك، قالوا: وذلك كالطّبيب والمريض فإنّ الطّبيب إذا عرف علّة المريض سهل عليه معرفة الدّواء الموافق لذلك المرض وإذا جهل العلّة لا يهتدي إلى دواءٍ؛ ولذلك قال سعيد بن المسيّب: من عرف المدّعي من المدّعى عليه فقد عرف وجه القضاء، وهذا هو الّذي عند النّاظم في البيت الأوّل. فقوله: تمييز حال مراده تمييز المدّعي من المدّعى عليه، فلفظة حال مقحمةٌ ولعلّ وجه الإتيان بها أنّه لمّا كان التّمييز بينهما يحصل بالنّظر لحالهما من كون أحدهما داعيًا والآخر مدعوًا، أو طالبًا والآخر مطلوبًا أتى بهذه اللّفظة إشارةً إلى ذلك وأيضًا فإنّ من ميّز حاله ووصفه فقد ميّز وعرف، وتمييزٌ: مبتدأٌ وجملة جمع جملة القضاء خبره وفاعل جمع ضمير تمييز وهو الرّابط لجملة الخبر بالمبتدأ، والقضاء على حذف مضافٍ أي جملة أحكام القضاء ثمّ شرع في بيانها فقال فالمدّعي من قوله مجرّدٌ. البيتين يعني أنّ المدّعي هو الّذي تجرّد قوله عن أصلٍ أو عرفٍ شهد له بصدقه بمعنى أنّ دعواه مخالفةٌ للأصل والعرف معًا فلم يوافقها واحدٌ منهما، وأنّ المدّعى عليه من قد عضّد قوله أي قوّاه إمّا أصلٌ أو عرفٌ فأحدهما كافٍ، فمثال شهادة الأصل: من ادّعى دينًا قبل رجلٍ فأنكره وادّعى براءة ذمّته أو ادّعى ملكيّة شخصٍ ليس في حوزه فأنكره وادّعى الحرّيّة فالمدّعي لبراءة ذمّته وللحرّيّة مدّعًى عليه لأنّ الأصل براءة الذّمّة والأصل الحرّيّة ومن شهد له الأصل فهو مدّعًى عليه، ومدّعي عمارة ذمّة غيره وملكيّة من ليس تحت يده مدّعٍ لأنّه لم يشهد له عرفٌ ولا أصلٌ، فإن أقام بيّنةً على دعواه وإلاّ حلف المدّعى عليه وبرئ. ومثال شهادة العرف: اختلاف الزّوجين في متاع البيت فإذا ادّعت المرأة من ذلك ما يعرف

للنّساء دون الرّجال، وادّعاه الرّجل فهي مدّعًى عليها لأنّ العرف يشهد لها والزّوج مدّعٍ لم يشهد له عرفٌ وكذلك من ادّعى الأشبه في مسائل النّزاع فإنّه مدّعًى عليه لأنّ العرف يشهد بصدقه وعلى هذا فقس. قال القاضي أبو عبد اللّه المقري في كلّيّاته الفقهيّة: كلّ من عضّد قوله عرفٌ أو أصلٌ فهو مدّعًى عليه، وكلّ من خالف قوله أحدهما فهو مدّعٍ، فالمدّعى عليه أقوى المتداعيين سببًا والمدّعي أضعفهما ا هـ. وهو كبيتي النّاظم. وفي مثل ذلك يقول بعضهم: المدّعي كلّ من أراد أن يشغل ذمّةً بريّةً أو يبرّيء ذمّةً مشغولةً أو ادّعى غير العرف، والمدّعى عليه عكسه ا هـ.

واعلم أنّ المدّعى عليه والمدّعي هو المقضيّ له أو عليه المعدودين في أركان القضاء السّتّ على ما ذكر ابن فرحون في تبصرته حيث قال: (وأركان القضاء ستّةٌ) القاضي والمقضيّ به والمقضيّ له والمقضيّ فيه والمقضيّ عليه وكيفيّة القضاء.

فالركن الأوّل: في شروط القضاء وآداب القاضي واستخلافه وذكر التّحكيم، وفي الأوصاف المشترطة في صحّة ولاية القضاء وما هو غير شرط لكن عدمها يوجب العزل وما هو من شروط الكمال. ويستحبّ العزل عند عدمها، وفي الأحكام اللاّزمة للقاضي في سيرته، والآداب الّتي لا يسعه تركها وما جرى عمل الحكّام الأخذ به وفي سيرته في الأحكام كأن لا يحكم حتّى لا يشكّ أن قد فهم ويكشف عن حقيقة القضيّة في الباطن ليستعين بذلك على الوصول إلى الحقّ ولا يفتي في مسائل القضاء ويحضر العدول في مجلس قضائه ليشهدوا على إقرار الخصم إن أقرّ؛ لأنّه لا يحكم بعلمه ويحضر أهل العلم للمشاورة وفيما يبتدئ بالنّظر فيه كالنّظر في الشّهود. ويفحص عن عدالتهم والكشف عن المحبوسين وفي الأوصياء وأموال اليتامى وفي سيرته مع الخصوم كالتّسوية بينهما في النّظر والتّكلّم وتلقين حجّة عمي عنها وتقديم الأوّل فالأوّل في الخصوم وتقديم المدّعي ليبدأ بالكلام. وفي استخلاف القاضي والتّحكيم ونحو ذلك. وأمّا الرّكن الثّاني: وهو المقضيّ به فهو الحكم من كتاب اللّه عزّ وجلّ، فإن لم يجد فسنّة بحد نبيّه ﷺ الّتي صحبها عملٌ، فإن لم يجد في السّنّة نظر في أقوال الصّحابة فقضى بما اتّفقوا عليه فإن اختلفوا قضى بما صحبه العمل أو ما أجمع عليه فإن لم يجد إجماعًا قضى باجتهاده بعد مشورة أهل العلم. وأمّا الرّكن الثّالث: وهو المقضيّ له فهو كلّ من تجوز شهادته له وفي حكمه لأقاربه الّذين لا تجوز شهادته لهم أربعة أقوال. وأمّا الرّكن الرّابع: وهو المقضيّ فيه فهو جميع الحقوق بخلاف غير القاضي فهو مقصورٌ على ما قدم عليه وهنا ذكروا إذا كان المدّعى فيه في غير بلد المدّعى عليه. وأمّا الرّكن الخامس: وهو المقضيّ عليه فهو كلّ من توجّه عليه حقّ إمّا بإقراره إن كان ممّن يصحّ إقراره وإمّا بالشّهادة عليه بعد العجز عن الدّفع والإعذار إن كان ممّن تجوز شهادته عليه. وأمّا الرّكن السّادس وهو كيفيّة القضاء وتتوقّف على العلم بأشياء

قوله في باب معرفة أركان القضاء ما نصّه: **(وأركان القضاء إلخ)** قال كاتبه في هذا ما نصّه: فجملة الأركان للقضاء قد نظمت في بيت باعتناء القاضي والمقضي فيه ثم له ثم عليه وبه والكيفية.

كمعرفة ما هو حكمٌ وما ليس بحكم، فلا يتعقّب ما هو حكمٌ ويتعقّب ما ليس بحكم، ومعرفة ما يفتقر لحكم الحاكم وما لا يفتقر وما اختلف فيه، وفي أبواب الفقه الّتي يدخلها الحكم، ومعرفة الفرق بين ألفاظ الحكم الّتي جرت بها عادة الحكّام في التّسجيلات، وفي الفرق بين الثّبوت والحكم، وفي تنفيذه حكم نفسه وحكم غيره وفيما ينبغي للقاضي أن ينبه عليه فيما يشهد به على نفسه في التّسجيلات من التّبصرة باختصار كثير. وقوله في الرّكن الثّالث وهو المقضيّ له، وهو كلّ من تجوز شهادته له صوابه كلّ من ثبتَ له حقٌّ، ويشترط فيه أن يكون ممّن تجوز شهادته له وكذا يشترط في المقضيّ عليه أن يكون ممّن تجوز شهادته عليه واللّه أعلم.

وقيل من يقول قد كان ادّعى ولم يكن لمن عليه يدّعى

لمّا قدّم أنّ المدّعي من لم يشهد له أصلٌ ولا عرفٌ وأنّ المدّعى عليه من شهد له أحدهما ذكر هنا تعريفًا آخر وهو أنّ من أثبت من المتداعيين فقال كان كذا فهو المدّعي، وأنّ من أنكر ذلك ونفاه وقال لم يكن فهو المدّعى عليه وهذا التّعريف في المقدّمات عن سعيد ابن المسيّب قال: كلّ من قال كان كذا فهو مدّعٍ وكلّ من قال لم يكن فهو مدّعًى عليه ا. هـ.

(وهذا التّعريف جار في غالب الصّور) وإلاّ فقد يكون المثبت مدّعًى عليه والنّافي مدّعيًا، وذلك كدعوى المرأة على زوجها الحاضر معها أنّه لم ينفق عليها وادّعى هو الإنفاق، فعلى التّعريف الأوّل الزّوج مدّعًى عليه لأنّ العرف يشهد له والزّوجة مدّعيةٌ إذ لا يشهد لها عرفٌ ولا أصلٌ ولا يجري على الثّاني؛ لأنّ الزّوج مثبتٌ وهو مدّعًى عليه والزّوجة نافيةٌ وهي مدّعيةٌ.

وقال بعضهم في تعريف المتداعيين: (كلّ طالبٍ فهو مدّعٍ) وكلّ مطلوبٍ فهو مدّعًى

وقوله في الباب: **(وهذا التعريف جار في غالب الصور إلخ)** قال كاتبه عفا الله تعالى عنه وتقبل منه: قد يقال هذا التعريف هو الحق، وما ردّ به على صاحبه يجاب عنه بأن المثبت في هذه الصور المردود بها عليه هو المدعي، ولكن رجح قوله بشهادة العرف وهو بمنزلة المدعي الذي لا خلاف فيه أنه مدعٍ إذا قام له شاهد حقيقي، وقد اختلف في العرف هل هو بمنزلة شاهد واحد أو شاهدين، وقد مرّ خليل في مختصره في مواضع على أنه بمنزلة شاهد واحد ولذلك حلف من وافقه، وهذا كقوله في تنازع الزوجين في متاع البيت: فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين إلى آخر هذه المسائل، فالمرأة المدعية أن زوجها دخل بها في خلوة الاهتداء مثبتة ومدعية لكن شهد لها شاهد العرف كما في شروح المختصر وغيرها فيقبل قولها وتحلف معه، وكذا يقال في غير هذه الصورة والمدعي يبدأ بالكلام فذلك دليل قوي على أنها مدعية، والناس في طباعهم أن المثبت هو المدعي كما فهمنا من أحوالهم عند خصامهم، وإلى هذا المعنى يشير كلام الشارح آخراً: فشد يدك على هذا تستعن به، ولكن من ابتلي بالقضاء وعرف فائدة معرفة هذا الأمر وقف على شرحنا لقول المتن وامر مدعي تر العجب في تحقيق هذا الأمر إن شاء الله تعالى.

قوله: **(كل طالب فهو مدع)** وقد لفقت أبياتًا في هذا وهي ما نصّه:

عليه وهذا أيضًا في الغالب فقط، وقد يكون الطّالب مدّعًى عليه والمطلوب مدّعيًا، وذلك كاليتيم إذا بلغ وطلب من وصيّه أن يدفع إليه ماله الّذي تحت يديه فزعم الوصيّ أنّه دفعه له وأنكر اليتيم فعلى التّعريف الأوّل الوصيّ مدّعٍ لأنّه لم يشهد له عرفٌ ولا أصلٌ، واليتيم مدّعًى عليه لأنّه شهد له الأصل وهو وجوب الإشهاد لقوله تعالى: ﴿فإذا دفعتم إليهم أموالهم﴾ [النساء:٦] الآية. وكذا على التّعريف الثّاني لأنّ الوصيّ مثبتٌ واليتيم نافٍ، ولا يجري على الثّالث لأنّ الوصيّ مطلوبٌ وهو مدّعٍ واليتيم طالبٌ وهو مدّعًى عليه وهو لا يوجد في واحد من هذين التّعريفين الأخيرين. وذلك كما إذا خلا الزّوج بزوجته خلوة اهتداء وادّعى عدم المسيس وادّعته الزّوجة، فالزّوج مدّعٍ لأنّه لم يشهد له عرفٌ ولا أصلٌ. والزّوجة مدّعًى عليها لأنّ العرف يشهد لها فالقول قولها ولها الصّداق كاملاً فالزّوج مدّعٍ وهو نافٍ مطلوبٌ، والزّوجة مدّعًى عليها وهي مثبتةٌ طالبةٌ فلم يصدق على المثال إلاّ الحدّ الأوّل دون الثّاني والثّالث، وقد أشبع في التّبصرة الكلام على المدّعي والمدّعى عليه وأكثر من الأمثلة فعليك به.

تنبيهٌ: هذا كلّه إن قلنا إنّ من شهد له عرفٌ أو أصلٌ مدّعًى عليه، وأمّا إن قلنا إنّه مدّعٍ قام له شاهدٌ فلا فرق بين العبارات الثّلاثة الّتي تقدّمت في تعريف المدّعي من المدّعى عليه والله أعلم. وقد ذكر الشّارح هذين الوجهين قبل قوله فيما يأتي والقول على المشهور قول المدّعي البيت

(وينبني على كونه مدّعًى عليه) أنّ اليمين عليه بحكم الأصالة لقوله عليه الصلاة والسلام: **«البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»** فيمينه يمين منكرٍ وأمّا على كونه مدّعيًا

المدّعي ليس له مصدّقُ	أو مثبت أو طالب قد حققوا
أقربُها فهمًا لدى التفهّمِ	ثانٍ بلا ريب ولا تعلّم

وأتمّ من هذا باعتبار:

فثبت من أحد الخصمين	سمّوه بالمدّعي دون مَينِ
والقول قوله مع اليمين	بشاهد مطلقًا خذ تبييني
قسيمه نافٍ لمثبته ذكر	تصديقه مع حلفه فيما شهر
عند انتفاء شاهد المدّعي	من ناطق أو ساكت فلتسمع

ومراده بقوله مطلقًا إلخ كان مشاهد ناطقًا أو ساكتًا هو العرف.

وقوله هذا الشارح **(وينبني على كونه مدعى عليه إلخ)** إنما تحلف المرأة أنه وطئها، وكذا ما يشبه هذا وهو حلف من قام له شاهد حقيقي أنه سلف هذا دينارًا لغيره فإنه يحلف أنه سلف، وأما حلف المدعى عليه فليس كذلك إنما هو لتكذيب الدعوى، كأن يقول: ما سلفتني دينارًا حيث يقول له خصمه: سلفتك دينارًا ولم يقم شاهد له وهذا أمر بيّن غاية، وبه تعرف ما في كلام هذا الشارح، وكذا حيث يكون الحكم يجري على ما أشرنا إليه فافهم.

قام له شاهدٌ فيمينه لكمال النّصاب كاليمين مع الشّاهد، ويأتي للنّظم في باب اليمين تقسيمها إلى أربعة أقسام هذان اثنان منها أعني يمين المنكر واليمين مع الشّاهد، ومن يقول مبتدأٌ موصولٌ صلته جملة يقول فلا محلّ لها من الإعراب وفاعل يقول يعود على من وهو الرّابط للصّلة، وجملة قد كان في محلّ نصبٍ محكيّةٌ للقول، وجملة ادّعى خبر من الموصولة ولم يكن مبتدأً أي هذا اللّفظ ولمن خبره ومن موصولةٌ صلتها يدّعى عليه والله أعلم.

والمدّعى فيه له شرطان تحقّق الدّعوى مع البيان

ذكر في هذا البيت الرّكن الثّالث من أركان القضاء وهو المدّعى فيه أي الشّيء المتنازع فيه بين الخصمين وأخبر أنّ له شرطين: أحدهما: تحقّق الدّعوى وهو شاملٌ لتحقّق عمارة ذمّة المدّعى عليه كأن يقول لي عليه مائةٌ مثلاً واحترزوا بذلك عن أن يقول لي عليه شيءٌ أو أتحقّق عمارة ذمّة فلان بشيء أجهل مبلغه ونحو ذلك. الشّرط الثّاني: بيان السّبب الّذي ترتّب له به قبل خصمه ما ادّعاه كأن يقول بعت له أو سلّفته أو نحو ذلك لاحتمال أن يكون ذلك ترتّب من قمارٍ ونحوه ممّا لا عبرة به شرعًا فإن لم يذكره المدّعي فللمدّعى عليه أن يسأله عن ذلك، فإن جهل أو غفل عنه فينبغي للقاضي أن يسأله عنه لئلا يكون ثمن مبيع غير جائزٍ كالخمر. قال الشّيخ خليلٌ في مختصره: فيدّعي بمعلومٍ محقّق قال: وكذا شيء وإلاّ لم يسمع كأظنّ، وكفاه بعت وتزوّجت، وحمل على الصّحيح وإلاّ فليسأله الحاكم عن السّبب ثمّ قال وللمدعى عليه السّؤال عن السّبب وقبل نسيانه بلا يمين ا. هـ. فسؤال الحاكم عن السّبب إنّما هو إذا غفل المطلوب أو جهل كما تقدّم. قال محمّد بن حارث: يجب على القاضي أن يقول للطّالب من أين وجب لك ما ادّعيته؟ فإن قال من سلف أو بيعٍ أو ضمان أو تعدٍّ أو شبهة لم يكلّف أكثر من ذلك ثمّ يقول للمطلوب أجبه فإن أبيَ أن يجيبه جوابًا مفسّرًا اضطرّه إلى ذلك فإن قال دعني أتثبّت وأتفكّر فمن حقّه أن يضرب له في ذلك أجلاً غير بعيد ا هـ. ويأتي حكم ما إذا أجاب المدّعى عليه بإقرار أو إنكار أو لم يجب رأسًا عند قوله: ومن أبى إقرارًا أو إنكارًا البيتين، قال ابن عبد السّلام في قول ابن الحاجب: فيدّعي بمعلومٍ محقّق لا يقال إنّ العلم والتّحقيق مترادفان أو كالمترادفين، فالإتيان بقول معلومٍ يغني عن قوله محقّق لأنّا نقول المعلوم راجعٌ إلى تصوّر المدّعى فيه، فلا بدّ أن يكون متميّزًا في ذهن المدّعي والمدّعى عليه وفي ذهن القاضي والمحقّق، راجعٌ إلى جزم المدّعي بأنّه مالكٌ لما وقع النّزاع فيه فهو من نوع التّصديق فقد رجع كلٌّ واحد من اللّفظين لمعنًى غير الّذي رجع إليه الآخر فلاشتراط العلم لا يسمع لي عليه شيءٌ، ولاشتراط التّحقيق لا يسمع: أشكّ أنّ لي عليك كذا وأظنّ وما أشبهه ا هـ. قال في شفاء الغليل: وأصل هذه العبارة لابن شاس قال أوّلاً والدّعوى المسموعة هي الصّحيحة وهي أن تكون معلومةً محقّقةً، فلو قال لي عليك شيءٌ لم تسمع دعواه انظر تمام كلامه إن شئت ومسألة ما إذا لم تحقّق الدّعوى كأظنّ أو أحسب أنّ لي عليك كذا، وهي مسألة يمين التّهمة، وتوجّهها له على كلّ أحد وعدم

توجّهها ثالثها على المتّهم دون غيره، ورابعها إن قويت التّهمة أقوالٌ وإذا لم تسمع الدّعوى إذا اختلّ أحد الوصفين إمّا التّحقّق على قول من لا يوجب يمين التّهمة أو علم المدّعى فيه فأحرى أن لا تسمع إذا اختلا معًا كقوله أظنّ أنّ لي عليه شيئًا.

تنبيهاتٌ: الأوّل: قول النّاظم تحقّق الدّعوى مع البيان يحتمل أن يريد بالتّحقّق أمرين: تحقّق عمارة ذمّة المطلوب ومعرفة المدّعى فيه وبالبيان بيان السّبب الّذي من أجله ترتّب الحق، وعلى هذا قرّرناه أوّلاً وهو ظاهر تقرير الشّارح والله أعلم. ويحتمل أن يريد بالتّحقّق أمرًا واحدًا وهو الجزم بعمارة ذمّة المطلوب فقط، وبالبيان أمرين: بيان معرفة المدّعى فيه إذ لا بدّ من بيانه وكشفه عن حقيقته، وبيان السّبب الّذي من أجله ترتّب الحقّ والكلّ صحيحٌ معنًى والله أعلم.

والثّاني اعلم أنّ كلّ ما ذكره النّاظم في هذا البيت ذكره ابن فرحون في بيان الدّعوى الصّحيحة من غيرها وزاد ثلاثة شروط (فمجموعها خمسة شروط) ولفظه في شرط الدّعوى، وللدّعوى الصّحيحة خمسة شروط: الأوّل أن تكون معلومةً فلو قال لي عليه شيءٌ لم تسمع دعواه؛ لأنّها مجهولةٌ ا هـ. قلت: وقد تقدّم الكلام على هذا الشّرط في شرح البيت ثمّ قال: الشّرط الثّاني: أن تكون ممّا لو أقرّ بها المدّعى عليه لزمته فإنّه لو ادّعى رجلٌ على رجلٍ هبةً وقلنا إنّ الهبة تلزم بالقول فيلزم المدّعى عليه بالجواب بإقرار أو إنكار، وإن قلنا بالقول المخالف الشّاذّ عندنا أنّ الهبة لا تلزم بالقول وللواهب الرّجوع عنها ما لم تقبض فإنّ بعض النّاس ذهب إلى أنّ الجواب فيه لا يلزم؛ لأنّ المسئول عن هذا لو أقرّ بذلك وقال رجعت عنه فإنّه لا يلزمه مطالبته بشيء، ولا فائدة في إلزامه ما لو أقرّ به لا يلزمه إذا رجع عنه وكذا في دعوى العدّة على القول بأنّه لا يجب الوفاء بها والوصايا الّتي له الرّجوع فيها. الشّرط الثّالث أن تكون ممّا يتعلّق بها حكمٌ أو غرضٌ صحيحٌ، فمثال ما يتعلّق بها حكمٌ إذا طلب المدّعي يمين المدّعي عليه فقال له المطلوب: كنت استحلفتني فاحلف لي أنّك لم تستحلفني على هذا الحقّ فيما مضى لم يكن للمدّعي أن يحلّفه يمينًا ثانيةً حتّى يحلف وبهذا القضاء ا هـ. وفي هذا قال الشّيخ خليلٌ وله يمينه أنّه لم يحلّفه أوّلاً قال وكذا أنّه غير عالمٍ بفسق شهوده واحترزوا بالغرض الصّحيح من الدّعوى من عشر سمسمة فإنّه لا ينبغي لحاكمٍ سماع مثل هذه الدّعوى لأنّه لا يترتّب عليها نفعٌ شرعيٌّ، والظّاهر أنّه يكتفى عن هذا الشّرط بوجهيه بالشّرط الّذي قبله. الشّرط الرّابع: أن تكون الدّعوى محقّقةً فلو قال: أظنّ أنّ لي عليه ألفًا، وقال المدّعى عليه في الجواب: أظنّ أنّي قد

وقوله: (فمجموعها خمسة شروط إلخ) قد لفقت في هذا ما نصّه:

علم بها لزومها من صدقا ولا مكذب وقد تعلقا

حكم بها ثم صحيح قصد تحقيقها شروط دعوى الرد

أي الدعوى التي يجيب عنها الخصم لزومًا إما بالموافقة للمدعي أو برد كلامه.

قضيته لم تسمع الدّعوى لتعذّر الحكم بالمجهول وقد تقدّم هذا. الشّرط الخامس: أن تكون الدّعوى ممّا لا تشهد العادة بكذبها كدعوى الحاضر الأجنبيّ ملك دار بيد رجل وهو يراه يهدم ويبني ويؤجّر طول الزّمان من غير مانع يمنعه من الطّلب من غير توقيع رهبة أو رغبة وهو مع ذلك لا يعارضه فيها ولا يدّعي أنّ له فيها حقًّا وليس بينهما شركة، ثمّ قام يدّعي أنّها له ويريد أن يقيم البيّنة على دعواه، (فهذا لا تسمع دعواه أصلاً) فضلاً عن بيّنته لتكذيب العرف. الثّالث تقدّم أنّ النّاظم ذكر في هذا البيت بعض شروط الدّعوى الصّحيحة وقد قدّمنا للكلام على بقيّتها (وأمّا الدّعوى نفسها) فهي كما قال القرافيّ طلبٌ معيّنٌ أو في

وقوله: **(وأما الدعوى نفسها إلخ)** لفقنا في هذا أيضًا ما نصّه:

الشرح للدعوى بما لا يشتبه قصد معين وما في ذمته

أو ادعاء ما عليه يبني أحد هذين لدى من يعني

وتمثيل الشارح بالهبة فيه نظر؛ لأنه يطلب المدعى عليه بالجواب لاحتمال أن لا يرجع ويهرب من خلف الوعد، والأولى التمثيل بالدعوى على الصبي أو السفيه أنه سرق مثلاً شيئًا لا يعرف بعينه إذ إقرارهما في هذا لا عبرة به فافهم. وقوله أيضًا: **(فهذا لا تسمع دعواه أصلاً إلخ)** ظاهره أن المدعى عليه لا يلزمه الجواب بإقرار ولا بإنكار وليس كذلك كما في الحطاب فإنه أنكر هذا، فقف عليه إن شئت عند قول المتن في الحيازة لم تسمع ولا بينته إلخ.

تنكيتان: الأول: قول هذا الشارح: ومسألة ما إذا لم تحقق الذي إلخ لم يبين ما هو المذهب في توجه يمين التهمة والمذهب توجهها وعدم انقلابها، انظر ذلك عند قول الناظم: وتهمة إن قويت بها تجب إلخ. وأصل ما رمز إليه هذا الشارح هو قول ح على قول المختصر بمعلوم محقق ما نصّه نحوه لابن الحاجب، فأورد عليه ابن عرفة توجيه يمين التهمة على القول بها فتأمله والله أعلم اهـ بلفظه. وفي هذا نظر، فإن كلام الناس إنما هو هل تسمع الدعوى ويكلف المدعى عليه الجواب أم لا في اليمين، لأن الدعوى قد تحتاج للجواب ولا يمين فيها، والمشهور أن اليمين تجب في دعوى التهمة ولا تنقلب، ولكن إذا كان المدعى عليه تليق به التهمة كما ذكرناه عند قول المختصر في الشرح وحلف المتهم في كتاب الوديعة. **الثاني:** ما احتجّ به هذا الشارح من قول خليل في مختصره. وله يمينه إلخ في ذلك نظر واضح لأن كلام خليل فيهما غير مسلم، وأن الظاهر في ذلك عدم اليمين في الصورتين وهو الحق إن شاء الله تعالى، وقد بينا ذلك في شرحنا للمسألتين غاية البيان بكلام الفحول من الأئمة الأعلام، بل قال البرزلي في نوازله ما نصّه: سئل اللخمي عن رجل يدعي على الرجل بدعوى فيقول له: احلف لي أنك ما حلفتني إلخ. فأجاب بأنه لا يمين على الطالب في ذلك، ولو مكّن الناس منها لدخل عليهم ضرر عظيم لأنهم يهابون الأيمان، فلا يقدر الطالب أن يصل إلى الطلب إلاّ بعد يمينه ويقابل يمينًا بيمين إلخ. وهذا منه بلفظ من نوازل الفلس، وكلام التوضيح هنا وابن مرزوق فيه ما فيه فقف على شرحنا به يظهر لك الحق بدليله إن كنت ممّن يطلب الحق والله حسيب من لم ينصف، وهذه أحكام الله تعالى، وقد أكلت بهذا أموال يعلم عددها الكبير المتعال، وعند الله سبحانه يكون المقال، ومنه المسامحة والسؤال.

وقول هذا الشارح وبهذا القضاء اهـ. قف على ما فيه في الشرح.

ذمّة المعيّن أو ادّعاء ما يترتّب عليه أحدهما بطلب المعيّن، كدعوى أنّ هذا الثّوب، أو هذه السّلعة كلٌّ منهما ملكٌ له وغصب منه أو سرق له وما في ذمّة المعيّن كالدّين والسّلم ونحوهما، ثمّ المعيّن المدّعي عمارة ذمّته إمّا معيّنٌ بالشّخص كزيد، أو بالصّفة كدعوى الدّية على العاقلة، أو القتل على جماعة، أو أنّهم أتلفوا له مالاً، وادّعاء ما يترتّب عليه أحدهما إمّا معيّنٌ، كدعوى المرأة الطّلاق أو ردّة زوجها، فيترتّب عليه أن تطلب حوز نفسها وهي معيّنةٌ أو ما في ذمّة المعيّن، كدعوى المرأة المسيس، ودعوى المقتول أنّ فلانًا قتله خطأً، فيترتّب على الدّعوى في المثالين طلب ما في ذمّة المعيّن، وهو كمال الصّداق والدّية، والتّعيين أيضًا إمّا بالشّخص، كالزّوج في المثال الأوّل، أو بالصّفة كالعاقلة في المثال الثّاني، والله أعلم. الرّابع جعل النّاظم المدّعي والمدّعى عليه والمدّعى فيه أركانًا للقضاء، وهو ظاهرٌ وعدّ في التّبصرة أركان القضاء ستّةً كما تقدّم عنه قبل هذا البيت ولم يعدّ منها واحدًا من الثّلاثة الّتي في البيت، والظّاهر اندراج المدّعي والمدّعى عليه في المقضيّ له أو عليه، واندراج المدّعى فيه في المقضيّ فيه والله أعلم. وانظر كيف جعل النّاظم تحقّق الدّعوى والبيان شرطين في المدّعى به وجعلهما ابن فرحونٍ شرطين في الدّعوى فتأمّل ذلك والله أعلم.

والمدّعي مطالبٌ بالبيّنة   وحالة العموم فيه بيّنه

والمدّعى عليه باليمين   في عجز مدّعٍ عن التّبيين

الأصل فيما ذكر قوله عليه الصلاة والسلام: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر». فقول النّاظم: والمدّعي مطالبٌ بالبيّنة) هو معنى الجملة الأولى من الحديث الكريم وهو قوله: «البيّنة على المدّعي» ثمّ أفاد بقوله: وحالة العموم فيه بيّنه أنّ المدّعي مطالبٌ بالبيّنة كيف كان صالحًا أو فاسقًا تقيًّا أو فاجرًا. قال المازريّ: جعل حجّة المدّعي البيّنة وهي لكلّ مدّعٍ عمومًا، وقول النّاظم والمدّعى عليه باليمين هو معنى قوله في الحديث «واليمين على من أنكر» وأفاد النّاظم بقوله: في عجز مدّعٍ أنّ المدّعى عليه إنّما يطالب باليمين في حالة عجز المدّعي عن إقامة البيّنة على دعواه، وأمّا إن أقامها فإنّ الحقّ يثبت ولا يمين على المدّعى عليه. واعلم أنّ مطالبة المدّعي بالبيّنة والمدّعى عليه باليمين مقيّدٌ بإنكار المدّعى عليه، وأمّا إن أقرّ فلا يفتقر إلى إقامة البيّنة ولا إلى اليمين، وفي مثل هذا يقول الفقهاء: أقرّ الخصم فارتفع النّزاع.

(تنبيهٌ: ظاهر كلام النّاظم) أنّ اليمين تتوجّه على المدّعى عليه المنكر بمجرّد الدّعوى وإن

(وقوله: الأصل فيما ذكر قوله عليه الصلاة والسلام: البينة على المدعي إلخ) هذا الكلام ذكر ابن رشد وغيره من الفقهاء أنه حديث، ورد ذلك ابن سهل في أحكامه وأطال في ذلك قائلاً: إنما الحديث شاهداك أو يمينه.

وقول هذا الشارح: (تنبيه ظاهر كلام الناظم إلخ) ما ذكره في هذا التنبيه ذكره غيره كذلك، ولكن القاضي يحتاج في ذلك إلى اتساع علم وعقل ومراعاة أحوال المدعي والمدعى عليه وقرب

لم تثبت خلطةٌ بينه وبين المدّعي، وله العمل عندنا ابن عرفة قطع ابن رشد في سماع أصبغ أنّ مذهب مالك وكافّة أصحـابه الحكم بالخلطة ومثله لابن حارث ونقل ابن زرقون عن ابن نافع: لا تعتبـر الخلطة. ابن عرفة: ومضى عـمل القضاة عندنا عليه (ونقل لـي شيخنا ابن عبد السّلام) عن بعض القضاة أنّه كـان لا يحكم بها (إلاّ إن) طلبها منه المدّعى عليه ا هـ.

الدعوى وبعدهـا، أي باعتبار قرائن الأحـوال المحتفة بالنازلة ولنشـر إلى شيء من ذلك. قال ابن شاس: الدعاوى على مـراتب أعلاها ما يشهد له العرف بأنهـا مشبهة مثل أن يدعي سلعـة معينة فلمدعيها أن يقيم البينة عليها أو يحلف المدعى عليه بلا خلطة. الثانية ما شهد أنها غير مشبهة إلاّ أنه لم يقضِ بكذبهـا، مثل أن يدعي على رجل دينًا فلمـدعيها إقـامة البيـنة عليها ولا يسـتحلف المطلوب إلاّ مع الخلطة وبهذا غايرت الأول والثـالثة ما قضى العرف بكذبها ومثلها بمن حـاز شيئًا الحيازة المعـلومة بالشروط المعلومة، ثم قـال: إن كل دعوى ينفيهـا العرف وتكذبها العادة، فـإنها مرفوضة غير مسموعة إلخ وهذا منه بلفظه، وتبعه على ذلك ابن فرحون في تبصرته وغيره. وقال ابن ناجي على المدونة ما نصّه: ما ذكره من ثبوت الخلطة هو المشهور وأحد الأقوال الأربعة، وقال ابن نافع: لا تشترط حكاه ابن زرقون وبـه قال الأندلسيون واستمر عليـه العمل عندنا في الأكثر، وأفتى شيخنا حـفظه الله تعالى لما كان عندنا بالقيروان باشتـراط ذلك في امرأة من وجوه الناس بما ادعى عليهـا وأمر قاضيهـا بالحكم ففعل، وبه أفـتى شيخنا أبو يوسف منذ مدة قـريبة هذا لفظه. وقال ابن هلال: أفتى ابن رشـد في امرأة من أهل الصون والستر ادعي عليـها بدعوي بأن لا يمين عليها إلاّ بعـد الخلطة هذا لفظه من نوازله، وكأن من ذلك لم يقفوا على فتـوى ابن رشد بل قال في الكافي ما نصه: المعمول به عندنا أن من عرف بمعـاملة الناس مثل التجار بعضهم لبعض ومن نصب نفسه للبيـع والشراء وباشر ذلك ولم ينكر منه فاليـمين عليه لمن ادعى معاملتـه ومداينته بما يمكن، ومن كان بـخلاف هذه المنزلة مثل المرأة المسـتورة المحـتجبـة والرجل المستور المـنقبض عن مداخلة المدعى عليه والملابسة فلا تجب اليمـين عليه إلاّ بالخلطة، وفي الأصول إن جاء بما لا يشبه ولا يمكن في الأغلب كذب ولم يقبل منه هذا لفظه. ثم استدل على ذلك ثم قال: هذا أصل فيما ذكرناه وفيما يشبه هذا لفظه ولا مـحيد عنه لأنه مفصل بين فعليك به، وهذا هو الذي أشار له في اللامـية، لكن ببلدة يوسف يخص بهـا ذات الحجـاب وذو العلا إلخ ويوسف هـو ابن عبد البـر وبلدته هي قرطبة. وقول هذا الشارح عن ابن عرفة **(ونقل لي شيخنا ابن عبد السلام)** بقوله؛ هذا كلام ظريف حسن مفـصل، وهذا قال فيه المتيطي آخر الحمـالة والرهون ما نصه: قال ابن الهندي كان بعض من يقتـدى به يتوسط إلخ. وفي نوازل ابن الحاج بعد كلام ما نصّـه: وقد رأي اليمين بمجرد الدعـوى دون اعتبار خـلطة جماعة من العـلماء، وقاله بعض المالكيين، وبه كـان ابن لبابة يفتي، وبه جـرت الأحكام عندنا قديمًا، وبه أدركت من درج من القـضاة يقـضون ومن سلف من فقهائنا يفـتي به، وبه أفتى من استفتاني، إلاّ أنه قد يلوح للحـاكم في النازلة وجه الحق بما يتضح عنده من دلائله وأحكامـه وأسبابه براءة المطلوب لخيره وبعده عن المطلـب الذي طلب به مع عدم الشبهـة والخلطة، فإذا كان كذلك عـمل بحسبه في إسـقاط اليمين من غير هـوى يكون له فيه أو حيف يعلمه الله تعالى منه فلا حرج عليه، وأما مـا جرى به الحكم وقياس القضاة فعلى ما ذكرته اهـ. وقوله: **(إلاّ إن إلخ)** كلام حق لا محيد عنه لمنصف فهيم يخشى الله تعالى، ولذلك قال ابن عرفة بـعد كلام ما نصّـه: والتحقيق اعـتبار قرائن الأحـوال في النوازل إلخ. وأشار إلى أن ذلك يكون إعتبـار المدعي فيه والمدعى عليـه إلخ. قال كاتبه: وكـذا يراعى حال المدعي واعتبـار قرائن

وقال المتيطيّ: قال محمّد بن عبد الحكم: تجب اليمين على المدّعى عليه دون خلطة وبه أخذ ابن لبابة وغيره. وقال ابن الهنديّ: كـان بعض من يقتدى به يتوسّط في مثل هذا إن ادّعى قومٌ عـلى أشكالهم بما يوجب اليمـين أوجبـها دون إثبـات الخلطة، وإن ادّعى على الرّجل العـدل من ليس من شكلـه لم يوجب عليـه اليـمين إلاّ بإثبـات الخلطة. قـال أبو الحسن الصّغـير: هذه من المسائل الّتي خالف فـيها الأندلسيّـون مذهب مالك؛ لأنّهم لا يعـتبرون خلطةً ويوجبون اليمين بمجرّد الدّعوى وعليـه العمل اليوم اهـ. وفي هذه النّظائر قال الشّيخ ابن غازيٍّ في باب الجهاد من تكميل التّقييد:

قـــد خـــولـف المذهب بالأنـدلس ... في ســتّــةٍ منهنّ سـهم الفــرس

وغـرس الأشـجـار لـدى المسـاجـد ... والحكم بـاليـمـين قل والشّـــاهد

وخلـطةٌ والأرض بـالجـــزء تـلي ... ورفع تـكبـــيــــر الأذان الأوّل

الأحوال أصله في تبـصرة اللخمي، ونسب ابن سـهل العمل بالخلطة لمالك وأصحـابه قائلاً: وبه جرى العمل بالمدينة. وفي تكـميل ابن غازي عن القوري: جرى القول بـقول ابن نافع منذ مائتي سنة. وفي ابن سهل أن القول بنفي الخلطة هو قول أبي حنيفة والشافعي وابن حنبل والثوري وابن راهويه إلخ. وإذا ثبت هذا فالمرأة المحجوبة مثـلاً إذا ادعى عليها أجنبي وهو لا يخالطها لا إشكال في كون العرف يكذب المدعى عليها بدين ولذلك أسقط الفـقهاء عنها اليمين وكذا من في معناها، وإذا خالطت المدعي ارتفعت شهادة العرف بكذبه، ويدل على ذلك أن الدعوى التي يكذبها العرف أو يصدقـها لا عبرة بالخلطة فـيهما، الأولى توجب الـيمين مطلقًا، والثانيـة لا يصدق مدعيـها، والمتوسطة هي التي وقع الخلاف في الخلطة فيها، فالمسألة لم تبق ولا بدّ على من قال جرى العمل بعدم الخلطة وأطلق ومن استثناها وقـال إلاّ في نحو المرأة المحجوبة فمراده أن الخلطة فيـها موجبة لليمين، والحاصل المعتبر هو القرائن، ودليل ذلك كـلام الناس وبعد الدعوى وقربها باعتبار المدعى فيه وعليه والمدعي وهذه أمور لا تنضبط لزمان، وإنما يفيد فيها مراعاة القرائن، ويدل على ذلك ما قاله اللخميّ في ادعاء الوديعة أن ذلك بثـلاثة قيود: أن يكون المدعى عليه يملك ذلك، وأن يكون هناك مـا يوجب الإيداع، وأن يكون المودع ممّن يودع مثل ذلك إلخ. ونقـله الفحول وسـلموه ألا ترى إذا أتى فقير مـعروف بالفقر معروف بالكذب وادعى على رجل غني وقد سلف الفـقير مراراً متـعددة أو باع منه بالدين مراراً مـتعددة بما يناسـب حاله من نحو درهم أو درهمين أو عـشرة ثم ادعى هذا الغني أنه سلف هذا الفـقير ألف دينار فإنه لا عـبرة بدعواه حـتى مع هذه المخالطة لأن العرف جار بأن الفقير لا يسلف مثل هذا العدد، وهذا في الحقيقة راجع لبعد هذه الدعوى كما في مسألة المحجوبة وأمثالها، وكـذلك إذا ادعى هذا الفقير أنه باع سلعة بألف دينار للغني المذكور فإنه لا تقبل دعواه إذ الفقـير لا يملك مثل هذا المبيع، أو ادعى فقيـر معروف بالكذب على ذي منصب ليس من شأنه أن يتسلف من أمثال هذا الكذاب، ولا أن يخالطه وكون مخالطته تزري به، أو كان ذو المنصب يهجـره لكذبه مثلاً وديانة ذي المنصب، وعـلى هذا المنحى ينحو القاضي ويتـأمل بعد الدعوى وقربها متوكلاً على الله فـي أن يفتح له وجه الحق. وقد كنت زمن ولايتي القضاء بالمدينة

وقد ذكر القاضي المكناسيّ في آخر مجالسه: أنّ أهل الأندلس خالفوا مذهب ابن القاسم في ثمان عشرة مسألةً وعدّها، فانظرها فيه إن شئت

(والحكم في المشهور) حيث المدّعى عليه في الأصول والمال معا
وحيث يلفيه بما في الذّمّة يطلبه وحيث أصلٌ ثمّه

تكلّم في البيتين على ما إذا كان المدّعي في بلدٍ والمدّعى عليه في بلدٍ آخر أين يكون

البيضاء يأتي الفقير من المسلمين وليس عنده ديانة زائدة على مجرد الإسلام بأكابر من أهل الذمة ويدعي عليهم بيع ما لا يبيعه أمثاله ويطلب اليمين بالسفر حيث ينكره الواحد من أكابر أهل الذمة وهم يخافون من الحلف بالسفر فيصالحون المدعي بأقل شيء، فيظهر لي أن هذه الدعوى كاذبة من جهات شتى وكنت أجتهد في ذلك والله المطلع، فافهم هذا المشار إليه إن كنت تريد القضاء بالحق والله المعين.

وقول الناظم: (والحكم في المشهور إلخ) حاصل ما ذكره هذا الشارح أن المدعى عليه إذا كان ببلده مقيمًا طلب في محله في الأصل وغيره، وإن خرج عن محله فإن كان الحق في الذمة طلبه به حيث هو، وإن كان معينًا فلا يطلبه في محله إلاَّ إذا كان ذلك المعين ثمّ بعينه، والمسألة ذات خلاف قوي، وحاصل ما نقلناه في شرحنا لقول المتن، وهل يراعى حيث المدعى عليه أو المدعي وأقيم منها أن الخلاف إنما هو حيث المدعى عليه أو فيه وذلك في موضعين حيث تكون الدار بمحل المدعي بالكسر أو بغير محل المتداعيين معًا وهذا في المعين، ولا يتأتى الخلاف حيث يكون المدعى فيه بمحل المدعى عليه، وأما الدين فحيث يتعلق به يكون الحكم، ولا عبرة بمحل المدعى بالكسر على المذهب من حيث أنه مدع، ولكن حيث المدعى عليه هو الراجح وهو قول مطرف، وقد بينا ذلك في الشرح غاية، فإذا كان المطلوب بالكوفة والدار ببلد آخر فإن الحكومة إنما تكون حيث المطلوب الذي هو المدعى عليه على قول مطرف الذي رجح بخلاف ما في هذا الشرح، فإن الحكومة إنما تكون حيث الدار وهو تابع لابن الناظم. قال الحسن على قول المدونة في كتاب الشفعة عند قولها إذا كانت الدار بغير البلد الذي هما فيه إلى آخر المسألة ما نصّه: يقوم منه أن التحاكم حيث المدعى عليه وهو قول مطرف وأصبغ وإليه ذهب ابن حبيب، وقيل: حيث المدعى فيه قاله عبد الملك، وقيل: حيث الشهود، وقيل حيث القاضي العدل وهو قول سحنون وابن كنانة، وقيل حيث المدعي وهو أضعفها وهو بعيد قال: ولم أره منصوصًا وهذا كله في الأصول، وأما ما يتعلق بالذمم فحيث لقي الطالب المطلوب انظر نوازل سحنون هذا لفظه، ولما ذكر ابن فرحون قول ابن الماجشون قال عن فضل وبه قال سحنون وابن كنانة، قال ابن كنانة: إلاَّ أن يكون أحد القاضيين جائرًا فالخصومة حيث الأعدل إلخ هذا لفظه، وفيه إيهام أن سحنون قال إلاَّ إن كان إلخ وإنما هو لابن كنانة وإن كان ابن كنانة قد لا يخالف في ذلك لأن الجائر لا يلزم الخصام عنده ولا تلزم إجابة من دعى إليه كما في القرافي وغيره، وذكر ابن مرزوق أن اللخمي اختار قول ابن الماجشون، وذكر عياض أن قول مطرف به الحكم بالمدينة، وبه حكم ابن بشير بالأندلس وقاله أصبغ وسحنون واستدل له بما في الكتاب إلخ. وفي ابن سهل مثل ما تقدم، وفي كلام المتيطي شيء يخالف كلام الناس، وفي ابن الناظم إن ما في الذمة هو المطلوب أي فلذلك طلب به حيث وجد، وعلى هذا فالمعتبر في الحكومة حيث المطلوب مطلقًا على الراجح، وكلام التحفة ربما يحمل على غيره.

الحكم بينهما؟ فأخبر أنّ الحكم بينهما يكون في بلد المدّعى عليه سواءٌ كان الخصام في أصلٍ أو دينٍ في الذّمّة، وإلى هذا أشار في البيت الأوّل، لكنّه مقيّدٌ بما إذا كان المدّعى عليه مقيمًا لم يخرج عنه فإن خرج عن بلده فيفصل في المدّعى فيه، فإن كان دينًا في الذّمّة طلبه به حيث وجده، وإليه أشار بقوله: وحيث يلقيه بما في الذّمّه يطلبه، وإن كان أصلاً فلا يحبس المطالب به إلاّ إذا كان الأصل في الموضع الّذي ألفاه فيه المدّعي، وإليه أشار بقوله: وحيث أصلٌ ثمّه قال الشّارح البيت الأوّل تضمّن معنى ما في كتاب الجدار ونصّه سئل عيسى عن الرّجل من أهل قرطبة تكون له الدّار، أو الحق بجيّان فيدعى ذلك رجلٌ من أهل جيّان فيريد الجيّانيّ مخاصمة القرطبيّ عند قاضي جيّان حيث الشّيء المدّعى فيه أيرفع معه القرطبيّ إلى هنالك؟ قال: لا يرفع معه، ولكن لا يكون الحكم بينهما حيث المدّعى عليه بقرطبة، وروى ابن حبيب عن مطرّف مثله. قال مطرّفٌ: ولا يلتفت إلى حيث المدّعي ولا إلى حيث الدّار الّتي ادّعيت ا هـ. ونقل الشّارح أيضًا ما نصّه. وقال: فضلٌ إنّ قول ابن القاسم مثله، وذلك فيما يختصّ بالأصول، وزاد النّاظم: المال تبعًا لأهل الأحكام بأنّه من باب القياس الجليّ، فإنّ المدّعى عليه أي القرطبيّ إذا كان لا يرفع إلى حيث المدّعي والمدّعى فيه - وهو جيّان - فأحرى أن لا يرفع إلى حيث المدّعي وحده؛ لأنّ المدّعى فيه في ذمّة المدّعى عليه فهو معه، وهو ظاهرٌ ا هـ. قال الشّارح والبيت الثّاني تضمّن معنى قول ابن حبيب: وإن كانت الدّعوى في حقٍّ من الحقوق الّتي تكون في ذمّة الرّجل كالدّين وما أشبهه فإنّما يخاصمه حيث تعلّق به، وكذلك إن كان العقار أيضًا بالموضع الّذي تعلّق به فيحبسه؛ لمخاصمته في ذلك الموضع، وإن كان المدّعى فيه في غير الموضع الّذي تعلّق به فليس للمدّعي أن يحبسه لمخاصمته حيث تعلّق به ا هـ. فقوله: بالموضع الّذي تعلّق به ظاهرٌ في كون المدّعي الطّالب وجد المدّعى عليه المطلوب ببلد غير بلده، وفيها العقار الّذي يتنازع فيه فيتحاكمان هنالك، وهو قوله: وحيث أصلٌ ثمّه وهذا النّقل هو الموجب لتقييد قوله حيث المدّعى عليه بالأصول بما إذا كان المدّعى عليه ببلده لم يخرج عنه، وأمّا إن وجد الطّالب المدّعى عليه ببلد غير بلده، وليس فيها الأصل المتنازع فيه، فلا يحبسه إلاّ في بلد الأصل، وإليه أشار ابن حبيب بقوله وإن كان المدّعى فيه في غير الموضع إلخ، وهو مفهوم قول النّاظم: وحيث أصلٌ ثمّه هذا حاصل البيتين. وفي مختصر الشّيخ خليلٍ وهل يراعى حيث المدّعى عليه وبه عمل أو المدّعي وأقيم منها؟ ونحوه في توضيحه. وفي ابن عرفة الخصومة في معيّنٍ دارٍ أو غيرها في كونها ببلد المدّعى فيه قاله ابن الماجشون وسحنونٌ أو ببلد المدّعى عليه، ولو كان بغير بلد المدّعى فيه قاله مطرّفٌ ثالثها هذا، وحيث اجتماعهما ولو بغير بلد المدّعى فيه قاله أصبغ، وقال: كلّ من تعلّق بخصمٍ في حقٍّ فله مخاصمته حيث تعلّق بالذّمّة من دينٍ وحقٍّ لا في العقار ا هـ. عن نقل المواّق.

وقدّم السّابق للخصام والمدّعي للبدء بالكلام

اشتمل البيت على مسألتين كلّ شطرٍ منه على مسألةٍ الأولى: إذا تعدّدت الخصوم عند

القاضي، فإنّه يقدّم الأوّل فالأوّل فإن جهل السّابق فيأتي حكمه للنّاظم. قال اللّخميّ: ويقدّم القاضي الخصوم الأوّل فالأوّل إلاّ في المسافر أو ما يخشى فواته ا هـ. وفهم من قوله: وقدّم السّابق أنّ غير السّابق لا يقدّم، ولكنّه مقيّدٌ بما في كلام اللّخميّ بغير المسافر، وما يخشى فواته أمّا هما فيقدّمان ولو تأخّرا. وفي ابن الحاجب: وإذا تزاحم المدّعون فالسّابق ثمّ القرعة إلاّ في المسافر، وما يخشى فواته. التّوضيح قيل: وينبغي أن يوكّل من يعرف الأوّل فالأوّل، فإن لم يعرف الأوّل أقرع ا هـ. ويأتي بعد بيت أنّه يقرع بينهما عند جهل السّابق. المسألة الثّانية: إذا جلس الخصمان بين يدي القاضي فإنّ المدّعي يبدأ بالكلام حتّى يفرغ، وحينئذ يتكلّم المدّعى عليه. قال ابن أبي زمنين: من شأن حكّام العدل إذا وقف عند أحد منهم خصّمان أن يقول لهما من المدّعي منكما؟ فإن قال أحدهما: أنا المدّعي، قال له: تكلّم وأمر المدّعى عليه بالسكوت حتّى يفرغ المدّعي من مقاله، فإن قال كلّ واحد منهما عن صاحبه أنّه المدّعي أمرهما بالارتفاع عنه حتّى يأتي أحدهما يطلب الخصومة فيكوّن هو المدّعي كذا قاله ابن حبيب، ورواه عن أصبغ ويأتي ذلك في البيت بعد هذا.

وحيث خصمٌ حال خصمٍ يدّعي ... فاصرف ومن يسبق فذاك المدّعي

وعند جهل سابقٍ أو مدّعي ... من لجّ إذ ذاك لقرعةٍ دعي

لما قدّم أنّ المدّعي يبدأ بالكلام، وذلك إذا عرف وأنّه إذا تعدّدت الخصوم عند القاضي يبدأ بالأوّل إذا عرف أيضًا أخبر هنا أنّه إذا جهل المدّعي بحيث ادّعى كلّ واحد منهما أنّه المدّعي، أو أنّه المدّعى عليه فإنّ القاضي يأمرهما بالانصراف عن مجلسه ومحلّ حكمه، ثمّ من رجع بعد ذلك لمجلس القاضي فهو المدّعي، وعلى هذا نبّه بالبيت الأوّل. وقد تقدّم قبل هذين البيتين نصّ ابن أبي زمنين فراجعه إن شئت ثمّ إن لم يعلم المدّعي بما ذكره من صرفهما إمّا لتجاهلهما أو لرجوعهما إليه معًا بعد صرفهما عنه، فمن لجّ في ذلك أو خاصم وادّعى أنّه المدّعي ولم يوافقه خصمه، وادّعى ما ادّعاه خصمه فإنّه يقرع بينهما فمن خرج سهمه فإنّه يقدّم بالكلام، وعلى ذلك نبّه بقوله: أو مدّعي من لجّ إذ ذاك لقرعة دعي؛ لأنّه أي قوله: أو مدّعي معطوفٌ على سابقٍ مدخول لجهل وفي الموّاق عن ابن عبد الحكم: وإن لم يعرف الجالب بدأ بأيّهما شاء، فإن كان أحدهما ضعيفًا فأحبّ إليّ أن يبدأ به، وإن بقي كلّ واحد منهما متعلّقًا بالآخر أقرع بينهما ا هـ. (ولم أقف الآن على القرعة إذا جهل المدّعي)، ولعلّ النّاظم قاسه على جهل السّابق في الخصوم وكذلك إذا جهل الأوّل من الخصوم، ولجّ وخاصم كلّ واحد مدّعيًا أنّه الأوّل فإنّه يقرع بينهما أيضًا، وعلى ذلك نبّه بقوله: وعند جهل سابقٍ البيت. اللّخميّ: إن تعذّر معرفة الأوّل من الخصوم كتبت

وقوله: (ولم أقف الآن على القرعة إذا جهل المدعي) قال في المختصر: وأمر مدع تجرد قوله عن مصدق بالكلام وإلاّ فالجالب وإلاّ أقرع إلخ. وقال قبل هذا والقول للطالب ثم من سبق رسوله وإلاّ أقرع كالادّعاء إلخ. فقوله كالادعاء مع قوله وإلاّ أقرع إلخ فيه ما لم يقف عليه هذ. الشارح والنص في شروح المختصر لمن وقف عليها فافهم.

أسماؤهم في بطائق، وخلطت فمن خرج اسمه بدئ به وذلك كالقرعة بينهم ا هـ. وتقدّم قبل البيتين كلام ابن الحاجب

فصلٌ في رفع المدّعى عليه وما يلحق به

دخل في قوله: وما يلحق بذلك، أي برفع المدّعى عليه حكم من عصى الأمر ولم يحضر، وهو الطّبع عليه وعلى من تكون أجرة العون.

ومع مخيلةٍ بصدق الطّالب	يرفع بالإرسال غير الغائب
ومن على يسير الأميال يحل	فالكتب كافٍ فيه مع أمن السّبل
ومع بعدٍ أو مخافةٍ كتب	لأمثل القوم أن افعل ما يجب
إمّا بإصلاحٍ أو الإغرام	أو أزعج المطلوب للخصام
ومن عصى الأمر ولم يحضر طبع	عليه ما يهمّه كي يرتفع

اعلم أنّ الخصمين لا يخلو حالهما من إحدى حالتين: إمّا أن يحضرا معًا عند القاضي متّفقين على المدّعي والمدّعى عليه منهما أو مختلفين فيهما، وقد تقدّم ذلك، وإمّا أن يحضر أحدهما - وهو الطّالب - ولا يحضر المطلوب. ثمّ إنّ هذا المطلوب الّذي لم يحضر مجلس القاضي لا يخلو حاله من وجهين: إمّا أن يكون حاضراً معه في البلد الّذي هو فيه، وإمّا أن يكون غائبًا عنه بموضعٍ هو تحت إيالة القاضي المتداعى إليه، وعلى هذين الوجهين تكلّم النّاظم في هذه الأبيات، فأخبر أنّه إن كان حاضراً معه في مصره فإنّ القاضي يوجّه إليه أحد خدّامه يرفعه لمجلس الحكم، وإن لم يكن معه في المصر، فإن كان على يسير الأميال مع أمن الطّريق من موضعه إلى محلّ الحكم من الحاضرة، فإنّ القاضي يكتب إليه يأمره بالحضور عوضًا من دفع الخاتم الّذي كان عليه العمل قديمًا، وإن كان بعيداً إمّا بعداً حسيًّا من جهة المسافة، وإمّا بعداً معنويًّا من جهة الخوف فإنّ القاضي يكتب لأمثل من بموضع حلول المطلوب بالأمر بفعل ما يجب من النّظر المؤدّي للتّناصف بينهما إمّا بالصّلح أو بالغرم، أو بالعزم على المطلوب في الوصول لمحلّ الحكم.

(ورفع المطلوب من موضعه): لمجلس الحكم في الأوجه الثّلاثة مقيّدٌ بظهور مخايل

فصل في رفع المدّعى عليه وما يلحق به

قوله: (ورفع المطلوب من موضعه إلخ) كلام النّاس في هذا كثير غاية، وقد استوفيناه والحمد لله عند قول المختصر: وجلب الخصم إلخ، وكلامهم يقتضي أن المسافة ثلاث من على نحو ثلاثة أميال من محل القاضي يرفع بالخاتم أو بالعون، ومن على مسألة العدوي وهي مسافة القصر فهذا يكتب فيه لأهل الفضل على النعت المذكور في التحفة، ولا يرفع إلاّ إذا لم يتأتّ الإصلاح في المحل المذكور، وما بين هاتين كنصف يوم أنه يكتب إليه ليرتفع إلى مجلس الحكم،

صدق المدّعي في دعواه، وعلى ذلك نبّه بقوله: ومع مخيلة بصدق الطّالب وهو جارٍ على ما قال سحنونٌ من أنّ الحاكم لا يدفع طابعه ولا يرفع المطلوّب حتّى يأتيه الطّالب بشّبهة؛ لئلا يكون مدّعيًا باطلاً يريد تعنّت المطلوب. ا هـ. وقال ابن عرفة: ظاهر قول ابن أبيّ زمنين أنّه يرفع، وإن لم يأت الطّالب بشبهة وبه جرى العمل ولم يعتمده النّاظم، هذا حاصل الأبيات ما عدا الأخير منها، والمخيلةُ دليل الصّدق، ومخايل الصّدق دلائله، وغير الغائب هو الحاضر مع الطّالب في بلده، وإذا كان قريبًا وكتب إليه ليحضر ولم يحضر - والطّريق مأمونةٌ - فإنّه يحكم عليه كالحاضر معه في البلد، وأمّا إذا كان المطلوب في بلد ليست تحت عمالة القاضي الّذي حضر الطّالب بين يديه، فإن كان حلوله بها لتجارة أوّ زيارة أو نحوها، فيأتي حكمه في فصل البيع على الغائب من باب البيوع إن شاء اللّه، وإن كان حلوله بها أصالةً؛ لكونها بلده وموضع سكناه ووطنًا له ففي موضع تعيين الحكم بينهما تفصيلٌ تقدّم في قوله: والحكم في المشهور إلى آخر البيتين، وأمّا قوله: ومن عصى الأمر البيت فمعناه أنّ من دعاه القاضي لحضور مجلس الحكم مع خصمه فتغيّب، ولم يأت فإنّ القاضي يطبع عليه ما يهمّه طبعه ممّا لا صبر له عنه كداره وحانوته ليرتفع أحبّ أم كره، وصفة الطّبع أن يلصق شمعًا أو عجينًا بالباب وبما يليها ويتّصل بها حال سدّها، ويطبع عليها بطابع عليه نقشٌ أو كتابةٌ يظهر أثره في ذلك الشّمع أو العجين، فإذا فتح الباب ورد ذلك الشّمع أو العجين لمحلّه أو لا تغيّر نقشه، وعلم أنّ الباب قد فتح فيعاقب من فتحه أشدّ العقوبة، وهذا الطّبع أولى من التّسمير؛ لأنّه يعيب الباب أو يفسده. قال في المقصد المحمود

وهذه أمور لمن رزق فهمًا لا تنضبط، وإنما ذلك بحسب مصلحة المدعي والمدعى عليه وتوصيل الحق لربه، وقد يكون الشيخ الكبير تعسر عليه ثلاثة أميال إن لم يكن عنده ما يركبه، وقد يكون اليوم باعتبار الشاب الذي عنده المركوب يسيرًا لا سيما إن عظم الأمر المتنازع فيه أو تشعبت الخصام، بل مسافة اليومين في هذا تكون قريبة إن لم يكن عارض يعتبر محل المدعى عليه هل فيه من يكفي أم لا، وضعف الطالب وكثرة الإنصاف وقلته باعتبار الأزمان والمكان، ومن على قيام سفر وغيره والدعوى في الدماء وما يخاف ازدياده، وهذه أمور يرجع فيها الاجتهاد للقاضي وهو يحتاج فيها مع ذلك لاتساع علم وعقل وتؤدة ومراقبة لله تعالى ومراعاة أحوال المدعي والمدعى عليه من قوي ضرره منهما ومن لا، ومن يصعب عليه الإتيان لمجالس الحكام ومن لا، السؤال عن المدعي والمدعى عليه إن أنكر هل المدعي من شأنه إخراج الناس؟ وهل المدعى عليه من أهل اللدد أم لا؟ ولا سلامة للقاضي إلا بمراعاة هذه الأمور وما يشبهها لأنها ربما يضيع حق الطالب، وربما يخرج المطلوب فيما لا يجب عليه. وقول ابن عرفة: ظاهر قول ابن أبي زمنين أنه يرفع وإن لم يأت الطالب بشبهة وبه جرى العمل إلخ، بل هو ظاهر كلام كثير من المتقدمين والمتأخرين غير خاص بابن أبي زمنين، وهذا عجب من ابن عرفة في اقتصاره على الإشارة لكلام ابن أبي زمنين وما أشار إليه من كلامه هو في منتخبه، وقد أطال ابن ديوس في المسألة ولم يذكر لطخًا في المسافة القريبة وترك اللطخ فيها ظاهر لأنه لا كبير ضرر على المطلوب في رفعه لمجلس الحاكم ولا كذلك غير القريبة، وقد تقدم أن القريبة هي نحو ثلاثة أميال أي فأقل، وقال اليرتاسني على قول ابن عرفة المتقدم ما نصه: وبهذا الظاهر جرى العمل الآن اهـ. أي بعدم شرط المخيلة. وقال أيضًا: وبالرسول جرى العمل دون دفع الطابع وصدق في هذين الأمرين، فإن أشياخنا من القضاة

وإن تغيّب المدّعى عليه طبع القاضي على داره، وهو أحسن من التّسمير؛ لأنّه يفسد الباب فإن لم يفسده سمّره عليه بعد أن يخرج منها مـا فيها من الحيوان وبني آدم ا هـ. وعبّر بعضهم عن هذا الطّبع بالختم قال في الطّرر عن الشّعباني: من ادّعى على غيره دعوًى، ودعاه للقاضي فإن امتنع ختم له خاتمًا مـن طين ا هـ. وفي عرفنا اليوم الطّبع والختم هو التّسمـير، وهو أن يسمّر طرف جلد بالباب وطرفه الآخر بما يليها، فإذا فتح البـاب ظهر ذلك غالبًا فعوقب فاعله. وأمّا كونه يعيبُ الباب أو يفسده فلا يلتفت إليه الآمر فضلاً عن المأمور تهاونًا واستخفافًا.

وأجـرة الـعـون على طـالب حقّ ومن ســواه إن ألدّ تستـحقّ

لم نجد عندهم غير هذين الأمرين، وقد أتينا في شرحنا من هذا أمـورًا كثيرة تفيد القاضي الخائف من الله تعالى غاية فانظر ذلك إن شئت.

وقول الناظم: (وأجرة العون إلخ) قال في الوثائق المجموعة ما نصّه: إن سأل طالب القاضي برفع مطلوبه لمجلس القاضي انبغى للقـاضي إن كان قريبًا أن يأمر غـلامه الذي له الأجرة من بيت المال بالمسيـر عنه، فإن لم يكن في بيت المال أجرة قـال أحمد بن سـعيد: يدفع له القـاضي طابعًا يرفع به خصمه، فإن لم يرتفع جعل القاضي من رزقه للأعوان جعلاً إذا رفع المطلوب فيما يلزمه، فإن لم يفعل القاضي ذلك فأحسن الوجوه أن يسـتأجر الطالب عونًا يأتيه بالمطلوب إلاّ أن يتبين أن المطلوب ألد بالطالب ودعاه للـقاضي فأبى أو منعه حـقًا يقرّ به ويمطله فـيه فيغـرم المطلوب أجرة العون لا الطالب، وقال محمد بن عمر: لا نعلم ذنبًا يوجب استباحة مال مسلم إلاّ الكفر وحده. قلت: القول الأول هو قول ابن العطار فتعقبه عليه ابن الفخار وهو محمد بن عمر وقال: قول ابن العطار خطأ، وترد تخطئتـه بأن الظلم الذي لا يوجب استبـاحة مـال الظالم الذي لا يؤدي إلى إتلاف مال على المظلوم، وأما إن أدّى إليـه فلا يبعد إغرامه كما قـالوا فيمن منع المدية ممّن اضطر إليها حتى مات ما افتقر إلى تزكيتـه بها اهـ بلفظه. ابن عرفة في المسائل الملقوطة ما نصّه: اختلف العلماء هل يـحضر الحـاكم الخصم المطلوب بمجرد الدعـوى أو لا بدّ أن يسأله عن وجـه الدعوى ويذكر للحاكم السبـب الذي ذهب إليه جماعة من أصحابنا أنه لا يحـضره حتى يبين المدعي وهي رواية عن أحمد، ونقل عن الشافعي وأبي حنيفة وعن أحمد في رواية أنه يحضره بمجرد الدعوى، والأول أولى لأن الدعوى قد لا تتوجـه فيبعث إليه من مسافة الدعـوى ويحضره لما لا يجب عليه فيه شيء ويفوت عليـه كثير من مصالحه إلخ. وقـوله: من مسافة الدعوى فيه نظر كـما لا يخفاك بدليل ما رأيته من كلام الناس أن من على مسـافة العدوى لا يجلب هنا، والقول بوجوب السؤال قبل البـعث متـعين ولعله أحرى من قول المختصر ولا قـليسأله الحـاكم عن السبب إلخ. تنبـيه: قـولهم: الأجـرة من المطلوب إن ألد هذا إن تبين أن الحق ثبـت على المطلوب ومـاطل الطالب لا إشكال فيه وإن كان الطالب دعا المطلوب للقاضي وامتنع من اتباعه فبعث له القاضي عونًا فأتى به وثبت عليه أنه امتنع من القدوم مع الطالـب ولكن قال: دعاني باطلاً لا شيء عندي وأنكر وحلفه القاضي فهل هو ملد أم لا؟ هذا يظهر من كلامهم أنه غير ملد، فعبارة ابن الناظم معللاً لذلك ما نصّه لكونه والله أعلم ظالمًا والظلم أحق أن يحمل عليه، وكـلام ابن الفتوح رأيت فيه العطف بأو في كلام ابن عـرفة، والذي رأيتـه في نسخـة عتـيقة من ابن فـتوح إلاّ أن يتـبين أن المطلوب ألد بالطالب ودعاه إلى الارتفـاع إلى القاضي فأبى ومنعه حـقًا يطلبه فيه وهو مـقرّ به إلخ، هكذا هو

العون واحد الأعـوان وهم وزعة القاضي، أي خدّامه الّذين ينفّذون أحكامـه ويدفعون الخصـوم عنه ويرفعونهم إليـه. **قال الشّارح**: ولو أمكنه إنفـاذ الأحكام دونهم لكان أولى، ولكنّه لا يمكنه ذلك فـلا بدّ منهم، والأصل في مـثل أرزاق هؤلاء أن يكون من بيت مـال المسلمين كالواجب في رزق الحاكـم الّذي يصرفهم؛ لأنّهم يقومون بأمـور ليست لازمةً لهم بأعيانهم، ومن قـام بمثل ذلك من مصالح المسلمين فرزقه من بيت مـالهم. ولّما تعذّر إجراء ذلك من موضعه نظر الفقهاء بما يوجبه الاجتهاد على من تكون أجرة هذا الصّنف؟ فاقتضى النّظر أنّه على من يحتاج إلى إحضار خصمه وإمساكه، وبعثه إلى موضع انتصافه منه بقضاء ماله عليـه أو إعطاء رهنٍ أو حميلٍ أو اقـتضاء يمين أو حبس هـذا إن لم يظهر من المطلوب مطلٌ ولا لجاجٌ، فإن ظهـر ذلك منه ألزمه الفقهاء أجـرة هذا العون؛ لكونه - والله أعلم - ظالمًا، والظّالم أحقّ أن يحمل عليه، وعلى كون أجرة العون على الطّالب إلاّ إذا تبيّن مطلٌ ولددٌ من المطلوب، فـإنّ الإجارة حـينئـذ تكون عليه نبّـه النّاظم بهـذا البيت واللّدد شـدّة الخصومـة قال في القاموس لدّه خصمـه فهو لادٌّ ولدودٌ ا هـ. والنّاظم استعـمله رباعيًا من

بعطفه بالـواو لا بأو التي هي لأحد الشيـئين وهذا هو الحق إن شاء الله تعـالى، ويدل لذلك قول القرافي في الفـرق الخامس والثلاثين والمـائتين بين قاعدة مـا تجب إجابة الحاكم إذا دعـاه إليه وبين قاعـدة ما لا تجب إجابتـه فيه إن دعي من مسـافة الدعوى فـما دونها وجـبت الإجابة لأنه لا تتم مصالح الأحكـام وإنصاف المظلومين من الظالمين إلاّ بذلك، ومن أبعد من المسـافة لا تجب الإجابة وإن لم يكن له عليـه حق لم تجب الإجابة أو له عليـه حق ولكن لا يتوقف على الحـاكم لا تجب الإجابة، فإن كان قادراً على أدائه لزمه أداؤه ولا يذهب إليه ومـتى علم خصمه إعساره حرم عليه طلبه ودعواه إلى الحاكم، وإن دعاه وعلم أنه يحكم عليه بجور لم تجب الإجابة، وتحرم في الدماء والفروج والحدود وسائر العقوبات الشرعية، وإن كان موقوفًا على الحاكم كأجل العنين خير الزوج بين الطلاق فلا تجب الإجـابة وبين الإجابة فليس له امـتناع منها، وكـذلك القسمـة المتوقـفة على الحاكم يخير بين تمليك حصته لغريمه وبين إجابتـه فليس له الامتناع منها، وكذلك الفسوخ الموقوفة على الحكام وإن دعي إلى حق يختلف في ثبوتـه وخصمه يعتقد ثبـوته وجب لأنها دعوى حق أو يعتقد عـدم ثبوته لم تجب لأنه مبطل، وإن دعاه الحاكم وجبت لأن المحل قـابل للحكم والتصديق والاجتهاد، ومتى طولب بحق وجب عليه عـلى الفور كرد المغصوب، ولا يحل له أن يقول له لا أدفعـه إلاّ بالحكم لأن المطل ظلم ووقوف الناس عند الحـكام صعب، وأما النفـقات فـيجبُ فيـها الحضـور عند الحاكم لتـقريرها إن كانت للأقـارب، وإن كانت للزوجـة أو للرقيق خـير بين إبانة الزوجة وعتق الرقـيق وبين الإجابة اهـ بلفظه وبتمامـه تمت ترجمة الفرق المذكـور ونقله ح برمته. فـقـوله: وإن لم يكن عليـه حق لم تجب إلخ هـو دليل مـا ذكرنـاه، وذلك أن من حلف لا حق للطالب عليـه الأصل أنه لا حق له عليه لا سيـما وقـد حلف على نفي ذلك، ومع هذا النفي لم تثق بهذا لأن المطلوب إنما يـحلفه الطالب بأمر القـاضي، نعم لو أطاع له المطلوب باليمين فيـقرب الأمر، ولو قيل في صورتنا إن الطالب يحلف أنه ما ادعى عليه بباطل ويغرم المطلوب أجرة العون ما بعد فتأمل هذه الصـورة فإننا توقفنا فيها هذا التوقف مع وقوعهـا كثيراً، والذي في طباع الناس أن من امتنـع من الإتيان للقاضـي هو ظالم وما ذكروه عـلى قول النظم، ومن عـصى الأمر ولم يحضـر طبع إلخ يدل على أن المطلوب في صورتنا ملد وإن كـانت مسألة العـصيان ربما يفـهم منها أن الخصم عصى أمر الحاكم في الحضور وذلك أشد من إبانة المطلوب من اتباع الطالب للقاضي فافهم.

الإلداد، قال الجوهريّ في شرح غريب المدوّنة الإلداد المطل يقال منه ألدّ فلانٌ بحقّ فلان يلدّ إلدادًا على وزن أنشد ينشد إنشادًا، وألدّ على وزن ألدد ويلدّ على وزن يلدد، ولمّا تحرّكت الدّالان - وهما متماثلان - أدغموا إحداهما في الأخرى، قال بعض من شرح هذا النّظم: وقف على قوله قال الجوهريّ في شرح غريب المدوّنة: فإن عنى أنّه شرح غريب المدوّنة في كتابه المشهور بالصّحاح كلّ لفظة في محلّها حسبما اقتضاه صنيعه من غير أن يقصد ألفاظ المدوّنة بل اللّفظ اللّغويّ وقع في المدوّنة أو لا فظاهرٌ، وإن أراد أنّ الجوهريّ ألّف كتابًا مستقلاً في شرح غريب المدوّنة بالخصوص، فهذا أغرب من غريبٍ إذ لم نر ممّا وقفنا عليه من شروح المدوّنة أو حواشيها من نقل عنه ولا ذكره فاللّه أعلم.

فصلٌ في مسائل من القضاء

وليس بالجائز للقاضي إذا لم يبد وجه الحكم أن ينفّذا

ذكر في هذا الفصل مسائل من أحكام القضاء، وذلك منع تنفيذ الحكم قبل ظهور وجهه، والصّلح بين الخصوم، وتلقين القاضي الخصم بحجّته وفتوى القاضي في الأحكام وحكم القاضي بعلمه، وإذا أدّى العدل بما يعلم القاضي خلافه، وإذا علم صدق غير العدل، وحكم من أساء الأدب على القاضي أو الشّاهد، وحكم الملدّ في الخصام، وهل تبقى له حجّةٌ إن حكم عليه؟ هذا حاصلٍ ما اشتمل عليه الفصل، وأخبر في البيت أنّه لا يجوز للقاضي أن ينفّذ الحكم قبل أن يتبيّن له وجهه. ابن الحاجب: ولا يحكم بالتّخمين؛ لكونه فسقًا وجورًا والتّخمين الحدس. (قال الشّارح) والتباس الحكم يكون على وجهين: إمّا لكونه ملتبسًا في نفسه بتعارض البيّتين وتداخل دعوى المتخاصمين، (والواجب على القاضي) في هذا الوجه مشاورة أهل العلم فإن ظهر وجه الحكم فذاك وإن لم يظهر جاز له أن يندب للصّلح كما يقول النّاظم:

والصّلح يستدعى له إن أشكلا حكمٌ وإن تعيّن الحقّ فلا

وإمّا لجهل القاضي الحكم في ذلك وإن كان بيّنًا في نفسه، والواجب على القاضي في هذا الوجه سؤال أهل العلم؛ لأنّ الفرض أنّ الحكم بيّنٌ في نفسه لكن إن جهله هذا القاضي فلا يجهله غيره، ولا يجوز له أن يندبهم إلى الصّلح في هذا الوجه؛ لأنّه يكون مضيّعًا لحقّ من بان حقّه بعد ذلك، وفي الوجهين معًا لا يجوز للقاضي تنفيذ الحكم قبل ظهور وجهه

فصل في مسائل من القضاء

قوله: (والواجب على القاضي إلخ) هذا بيّن إن كان في الوقت والمكان علماء من شأنهم فهم النازلة وإلاّ فيدعو للصلح، لأن الإشكال يبقى إن لم يكن من ذكر كما لا يخفى، والمعتبر في المكان مكان النازلة أو ما يقرب من ذلك ممّا تجري به العوائد أن الناس يسألون ذلك العالم الخارج عن مكان النازلة، وقد قال ابن عبد السلام بغد كلام: والأقرب إن كان هناك قاض غيره صرفهما إليه لاحتمال أن لا يشكل عليه، وإن لم يكن في البلد غيره أمرهما بالصلح إلخ، ومراده

فيشملهما قوله: وليس بالجائز... إلخ أي سواءٌ كان الحكم مشكلاً في نفسه أو إنّما أشكل على القاضي فقط قال رحمه الله:

والصّلح يستدعى له إن أشكلا حكمٌ وإن تعيّن الحقّ فلا

ما لم يخف بنافذ الأحكام فتنةً أو شحنا أولي الأرحام

يعني: أنّ القاضي إذا أشكل عليه الحكم فإنّه يدعو الخصمين إلى الصّلح، ويعني إذا كان الإشكال لتعارض بيّنات ونحوها لا إن جهله القاضي مع كونه ظاهراً في نفسه كما تقدّم قريبًا، وأمّا إن ظهر وجّه الحكم فلا يدعو للصّلح بل ينفّذ الحكم من غير مبالاة من عذل عاذل ولا خيفة من لومة لائم، إلاّ إذا خاف بتنفيذ الحكم على صميم الشّرع حصول فتنة أو وقوع شحناءً بين أولي الأرحام وذوي الفضل، فإنّه يأمرهم بالصّلح ويحضّهم عليه وعلى القناعة ببعض الحقّ (وإن ظهر وجه الحكم) وكأنّه ارتكابٌ لأخفّ الضّررين. وفي مختصر الشّيخ خليل ولا يدعو للصّلح إن ظهر وجهه، ثمّ قال وأمر بالصّلح ذوي الفضل والرّحم كأن خشي تفاقم الأمر، ومعنى يستدعي أي يدعو له ويأمره به، وفاعله ضمير القاضي وضمير له للصّلح ونافذ الأحكام بمعنى تنفيذها وإبرامها وفاعل يخف للقاضي.

بالإشكال إشكال الحكم لا إشكال التصور، وإنما سقناه لقوله: وإن كان هناك إلخ فافهم. قوله: (وإن إن ظهر وجه الحكم إلخ) قال ابن مرزوق في شرح المختصر: للجواز مع ظهور وجه الحكم منظراً في هذه بقضية الزبير وقضية ابن أبي حدود مع كعب بن مالك دالة على ذلك، إلاّ أن يقال هؤلاء من أهل الفضل، وفي تفسير التقييب عند قوله: ﴿فلا وربك لا يؤمنون﴾ [النساء:٦٥] الآية ما نصّه: في الآية دلالة على أن للحاكم أن يشير بالإصلاح بين الخصمين، وله أن يشير بترك الحق على وجه الإصلاح لا على وجه الحكم وإن ظهر الحق، لأن جمهور المفسرين قالوا إن هذه الآية نزلت في قضية الزبير، ثم ذهب الجمهور إلى أن القاضي يشير بالصلح إذا رأى ذلك مصلحة، منع ذلك مالك والشافعي عنه في ذلك خلاف والصحيح جوازه إلخ. وهذا فيما إذا ظهر وجه الحكم بدليل ذكره الخلاف المذكور، وقد ذكرنا أنقالاً كثيرة في شرحنا على المختصر وتحارير بينة، والذي يظهر منها أن تبين الحق تارة يكون بظهور حجة أحد الخصمين ولم يتبين سقوط حجة خصمه بالكلية، وتارة يظهر أن أحدهما ظالم لصاحبه بلا شك، فالأول يأمر القاضي فيه بالصلح إن لم يقصدا إراحة نفسه باعتبار خشية تفاقم الأمر، وبالنسبة لذوي الأرحام والفضل. والثاني لا يأمر فيه بالصلح إذا غلب على ظنه تفاقم الأمر وإلا فلا، هذا الذي تبيناه من كلام الناس وذوو الفضل كأولي الأرحام من غير فرق في جميع وجوه الصلح، ونقلنا أن كثيراً قالوا يدعو القاضي للصلح وإن لم يكن إشكال أصلاً، ولذلك قال ابن دبوس ما نصّه: وقال كثير من أصحاب مالك: لا بأس أن يأمرهما بالصلح متى رآه قبل النظر وبعده أشكل أمرهما أو لم يشكل إلخ. وفيه أيضًا وقال غيره من أصحابه أي مالك: على القاضي أن يشير على الخصمين في أول خصامهما بالصلح فإن أبيا منه لم يجبرهم عليه إلخ. وفي الوثائق المجموعة ما نصّه: وليس للحاكم أن يجبر الناس على الصلح وإنما عليه أن يشير به في أول الخصام فإن أبيا منه حملهما على سبيل الحق إلخ. وفي المقرب: واحرص على الصلح ما لم يتبين لك القضاء إلخ. وهذا كلام يدل على أن الأمر بالصلح جائز، ومطلوب قبل الإشكال من جهة التصور أو الحكم، فقول الناظم

وخصمٌ إن يعجز عن إلقاء الحجج لموجبٍ لقّنها ولا حرج

يعني أنّ الخصم إذا عجز عن إلقاء حجّته لموجب من دهش أو خوف أو عمًى، (فإنّ للقاضي أن يلقّنه) حجّته ولا حرج ولا إثم عليه في تلقينه إيّاها، وإنّما يمتنع تلقين الفجور وقال اللّخمي: قال أشهب: للقاضي أن يشدّ على عضد أحدهما إن رأى ضعفه عن صاحبه وخوفه منه بيسط أمله ورجاءً في العدل، أو يلقّنه حجّةً عمي عنها إنّما يمتنع تلقين أحدهما الفجور. وفي المقرّب إذا قال أحد الخصمين مقالةً ينتفع بها صاحبه فينبغي للقاضي أن يقول هات قرطاسًا أكتب له فيه مقالةً، وينبّهه على ذلك إن غفل عنه ولو لم يطلبه ا. هـ. وفاعل لقّن يعود على القاضي.

ومنع الإفتاء للحكّام في كلّ ما يرجع للخصام

هنا: إن أشكل حكم وإن تعين الحق فلا، لا يدل على أن الصلح لا يدعو له إلاً مع الإشكال، فالمعتبر مفهوم وإن تعين الحق فلا.

قوله: (فإن للقاضي أن يلقنه إلخ) هذا ظاهر كلام غير واحد، ويحتمل أن يكون هذا ونحوه واجبًا على القاضي إن كان الملقن جاهلاً لا أنه جائز، ولكن لما كان التلقين لا يجوز باتفاق كما في ابن عبد السلام عبّر بالجواز فيما يجوز منه، وإلاً فالظاهر هو الوجوب في أمثال هذا مع الجاهل، وكيف يحكم عليه بحجة صاحبه وحجته صحيحة في نفسها ولكن لضعف عقله لم يبينها، مع أن عبارة ابن دبوس هي قوله ما نصه: وقال ابن حبيب إذا أقرّ أحد الخصمين في خصومته لآخر فيه منفعة فعلى القاضي أن ينبهه أن له فيه منفعة ويكتب له ويقيد بذلك مقالته هذا لفظه. وفي محل آخر منه: وأغفل الخصم منفعته فيه فإن على القاضي إلخ فظاهره الوجوب ولو كان الخصم غير جاهل. وفي التوضيح صفة الإعذار أن يقول: شهد عليك فلان وفلان فإن كان عندك مدفع فادفع عن نفسك ويعلمه أن له التجريح إن كان يجهل ذلك إلخ وهذا منه بلفظه. وقال في التوضيح أيضًا على قول ابن الحاجب: فإن أقرّ فللمدعي الإشهاد عليه وللحاكم التنبيه عليه إلخ ما نصه أي لئلا ينكر، وظاهر قوله وللحاكم التخيير. وفي النوادر عن ابن عبد الحكم: وإذا أقرّ المطلوب بشيء أمره أن يشهد عليه إلخ ولم يذكر غير هذا. وفي المجالس: فإن طلب المدعي من القاضي أن يشهد على المجيب بجوابه أمره القاضي بذلك، وإن غفل المدعي عن ذلك أمره القاضي بذلك، قال ابن عبد السلام: وليس ذلك من تلقين الخصوم المتفق على منعه. وفي ابن عرفة: وإذا ظنّ أن من أعذر إليه يجهل ما يسقط عنه حجة نبهه الحاكم عليه في السرقة منها إذا زكيت البينة والمطلوب يجهل وجه التجريح من جهلة الرجال أو من ضعفة النساء أخبره القاضي بما له من ذلك وبيّنه له لعل بينه وبينه عداوة أو شركة بما لا يعلمه المعدلون، فإن كان مثله لا يجهل التجريح لم يدعه إليه إلخ وهذا منه بلفظه. وفي ابن عات ما نصه: لا يقضي القاضي هنا بالحميل إلاّ إن طلبه بذلك الطالب، وليس على القاضي أن يعلمه بوجوب ذلك له، بخلاف ما إذا حكم القاضي للرجل بما يوجب عليه الضمان فيلزمه حينئذ أن يعلم خصمه بوجوبه له إذا كان ممّن يمكن أن يجهل ذلك إلخ وهذا منه بلفظه، ومثل في نوازل القضاء من المعيار للذي يحكم به القاضي كأن يطلب المسجون في الدين الخروج من السجن وله بينة بالعدم والطالب يكذبها

(يعني أنّ القاضي لا يجوز له أن يفتي في الخصومات) قال ابن الحاجب: ولا يفتي

فيخرجه القاضي ويعذر للطالب في بينته، ومثل لما لا يحكم به القاضي أن يدعي رجل على آخر بدعوى وأجل لإثباتها وهو يحتاج إلى ضامن وعلل الوجوب للجاهل فيما يحكم به بقوله: لئلا يظن أنه إنما حكم عليه بلا ضامن إلخ. وظاهر كلام غيره وجوب التنبيه مطلقًا خلاف هذا التفصيل ولكن بشرط أن يكون المنبه جاهلاً، بل إذا غفل العالم وجب على القاضي تنبيهه، إذ لا كبير مشقة على القاضي في هذا، مع أن القاضي قد يظن العلم بإنسان ولا علم عنده فالمنجي مع الله هو التنبيه مطلقًا، إلاّ إذا قامت القرائن على علم الخصم وظهر أنه أراد المسامحة فلا معنى للتنبيه فافهم. وانظر بيان القاضي عند قول المصنف: واستحق به بيمين إلخ آخر الشهادات فإننا ذكرنا النقل صريحًا في وجوب البيان على القاضي.

قوله: **(يعني أن القاضي لا يجوز له أن يفتي إلخ)** إنما قال لا يجوز نظراً لقول الناظم: ومنع الإفتاء إلخ، وكلام الناس جلهم إنما فيه النهي، ففي ابن شاس ما نصّه: ولا يفتي القاضي فيما يختصم فيه إليه ولا يمتنع من الفتوى في الصلاة والزكاة والطهارة والحج والحيض وأنواع الفقه غير الخصومات، ولا يجيب من سأله فيما يتعلق بالخصومات إلاّ أن يجب المتفقهين في جميع ذلك، واختار محمد بن عبد الحكم أنه لا بأس أن يجيب ويفتي في كل ما يسأل عنه مما عنده فيه علم، واحتجّ بأن الخلفاء الأربعة ﷺ كانوا يفتون الناس في نوازلهم، ولا بأس أن يجلس القاضي في مجالس العلم فيعلم أو يتعلم كل ذلك حسن اهـ. بلفظه. وفي ابن الحاجب: ولا يفتي الحاكم في الخصومات. وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به كالخلفاء الأربعة هذا لفظه بحذف منه فيما يختصم فيه إليه، والمصنف في التوضيح قال: المشهور أنه لا يفتي وعلّل ذلك بقوله: لأن إفتاءه في مسائل الخصومات مما يعين الخصم على الفجور لأنهم إذا عرفوا مذهب القاضي تحيلوا في التوصّل إلى مذهبه أو في الانتقال عنه، ثم قال: وأيضًا فإذا علم مذهبه ويكون مشروطًا بشرط فمن لا يعرف ذلك الشرط اعتقد في القاضي إذا لم يحكم بذلك المذهب لعدم ذلك أنه مال عن الحق انتهى. ولما نقله ابن مرزوق قال: وفيه غير هذين من المفاسد. وعبارة ابن دبوس: ولا يفتي القاضي إلخ ثم قال: وقال غيره: لا يفتي المتخاصمين عنده فيما يتخاصمان فيه عنده. ثم حكي عن سحنون أنه كان لا يجيب أي في هذا الأمر. وفي نوازل البرزلي بعد كلام ما نصّه: وهذا إذا كانت الفتيا فيما يمكن أن تعرض بين يديه ولو جاءته من خارج بلده أو من بعض الكور أو على أيدي عماله فليجبهم عنها اهـ. وعبارة ابن سلمون: ولا يفتي في الخصومات انتهى وهو ككلام غيره. وعبارة ابن فتوح في وثائقه المجموعة في باب ما ينبغي للقاضي أن يجتنبه ما نصّه: ولا ينبغي له أن يتضاحك مع الناس أو يفتي المتخاصمين عنده فيما يختصمان فيه عنده وهذا هو الصواب اهـ. بلفظه. وفي النوادر ما نصّه: ومن المجموعة قال ابن أبي حازم في الرجل يأتي القاضي فيخبره بالخصومة فيما بينه وبين خصمه لا ينبغي له أن يخبره بما يقضي به له ولا عليه حتى يحضر خصمه فيتخاصمان عنده ثم يقضي بينهما هذا لفظه. وقال ناظم ما به العمل بفاس ما نصه:

وشاع إفتاء القضاة في الخصام. مما بغير حكمهم له قوام. وهذا هو كلام البرزلي بالإفتاء تبعًا لابن عبد الحكم وعدمه رعاية لما قاله غيره، وبه تعلم أن المنع خاص بالقضاة خلاف ما ذكره بعض من لم يصب ممن حشى على المختصر، وأن الإفتاء إنما هو مكروه على القول بالنهي عنه لا ممنوع كما في التحفة، لكن كثيراً ما يطلقون المنع على المكروه سيما اللخمي وأتباعه، وما علّل به هنا إنما يدل على الكراهة لأنه أمر يحتمل أن لا يقع، ومن جملة علة النهي ما جربناه من الناس أن الخصم يسأل العالم هل الحق له أم لا؟ فإن أخبر أنه له صالح خصمه وإلاّ خاصمه، وهذا يظهر

الحاكم في الخصومات. وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به كالخلفاء الأربعة. قال ابن يونس: وكان سحنونٌ إذا أتاه رجلٌ يسأله عن مسألة من الأحكام لم يجبه، وقال: هذه مسألة خصومة إلاّ أن يعلم أنّه رجلٌ متفقّهٌ فيسأل عليّ جهة التّعليم أو يسأل عن مسائل الوضوء أو الزّكاة، ونسب ابن المناصف القول به إلى مالك ونسبه ابن الحارث لسحنون، وحمل هذا القول على أنّه نفس الخصومة لأحد الخصمين، وحمل قول ابن عبد الحكمّ بإباحة الفتيا للقاضي على أنّها في جملة الأشياء ولم يعيّن الخصومة بعينها ا هـ.

وفي الشّهود يحكم القاضي بما | يعلم منهم باتّفاق العلما
وفي سواهم مالكٌ قد شدّدا | في منع حكمه بغير الشّهدا
وقول سحنون به اليوم العمل | فيما عليه مجلس الحكم اشتمل

يعني أنّ القاضي يّجوز له أن يحكم بما يعلم من عدالة الشّهود وجرحتهم، فيستند في ذلك على علمه ويحكم بشهادة من يعلم عدالته دون من يعلم جرحته، وأمّا من عداه فقد شدّد مالكٌ في منع استناده لعلمه وحكمه به، ووجه استناده لعلمه في التّعديل أو التّجريح أنّه لو لم يجز ذلك إلاّ ببيّنة لاحتاج إلى تعديل البيّنة وتعديل معدّلهم ما لا نهاية له فاضطر إلى الحكم بعلمه في ذلك قاله ابن يونس. وحكاه عن ابن الماجشون ووجّهه بعضهم بشهرة حالة العدالة وحالة الجرحة عند النّاس فقلّ ما ينفرد القاضي بعلم ذلك دون غيره، فترتفع الظّنّة عنه، وتبعد التّهمة عنه لاشتراك النّاس معه في معرفة ما حكم به في حقّ العدل أو المجرّح من كلتا الحالتين قاله المازريّ وإذا كان يعتمد في ذلك على علمه فعلم بجرحة شخصٍ وعدّله آخرون فلا يقبل تعديلهم.

(وكذا إن علم عدالته فجرّح فلا يقبل تجريحهم)، فقوله: وفي سواهم الضّمير

منه شمول غير القضاة، لكن لم يصرّحوا بهذا أنه علة في النهي وإن كان ربما يدخل في قول ابن مرزوق المتقدم، والحاصل الإفتاء من القضاة فيما يقع بين أيديهم مكروه لا غير، وما به العمل موافق لهذا أي جواز الإفتاء فيما لم يمكن أن يقع عندهم وإن أمكن أن يقع عندهم كره، وما ذكر من الجمع هنا بين كلام ابن عبد الحكم وغيره لا يخفاك هل هذا الوفاق صحيح أو ذلك خلاف والخلاف هو الذي يقتضيه كلام ابن دبوس فافهم.

قوله: **(وكذا إن علم عدالته فجرح فلا يقبل تجريحهم)** هذا فيه نظر لاحتمال عدم علمه بما جرح به، ومن المعلوم أن المجرح مقدم على المعدل كما في المختصر وغيره، وإنما يتبع القاضي علمه إذا علم جرحته وعدله غيره لأنه علم ما لم يعلمه وأما هذا فلا، وهذا الشارح تبع ما يوهمه كلام ابن الناظم وليس ذلك بصحيح، وفي صدر المنتخب ما نصه: قال ابن حبيب: فإن مطرفًا وابن الماجشون يقولان إذا عرف القاضي من الشاهد الجرحة والفساد في دينه فلا يقبله وإن زكي عنده بجميع الناس إلخ وهذا منه بلفظه وهذا كلام صحيح، وإنما الكلام إذا علم عدالته القاضي وجرحه غيره والحق أنه لا يعتمد على ما يعلمه من عدالته، وقد عللوا كما في شروح المختصر وغيرها تقديم بينة الجرح بأنها علمت ما لم تعلم بينة التعديل إلخ، وهذا جار في تعديل القاضي بلا ريب وهذا أمر ظاهر، ومن قال بغيره فلا عبرة بكلامه، وإن ادعى أن علم القاضي بالعدالة

للشّهود، أي وفي تجريح الشّهود وتعديلهم، وشمل قوله وفي سواهم شهادته بما حكم به وبما تحمّله قبل ولايته أي في ولايته أو في مجلس قضائه على قول غير سحنون. وفي هذا الوجه كلامٌ يأتي قريبًا. فلا تقبل شهادته في شيء من ذلك، وإذا لم تقبل فإنّه يرفع شهادته لغيره ويكون شاهدًا لا حاكمًا كما يأتي للنّاظم قريبًا في قوله: وحقّه إنهاء ما في علمه... إلخ فقوله: وقول سحنونٍ به اليوم العمل... إلخ هو في معرض الاستثناء من قوله: «وفي

ليس كغيره مع أن ما في الشارح لم ينسبه لأحد فلا عبرة به، وفي الوثائق المجموعة حيث نقل عن ابن العطار أن الشاهد بما في المجلس لا يعذر فيه ما نصه وانتقده ابن الفخار بأنه قد ينكشف بالأعذار فسق الشهود فيبقى الحكم مستندًا إلى مجرد علم القاضي، ومذهبنا أنه لا يحكم بعلمه وهذا منه بلفظه، فظاهر كلام ابن الفخار ولو كان القاضي علم عدالة هؤلاء الشهود فافهم. وقول الناظم: «وقول سحنون إلخ» كلام المفيد وابن سلمون يقتضي أن العمل على خلاف ما في التحفة وهذا هو اللائق بزماننا، قال ابن سهل ما نصه: لو أدرك سحنون زماننا لقال بقول ابن القاسم في كون الحاكم لا يستند لعلمه بما أقرّ به الخصم بين يديه إلخ. قال كاتبه: لو أدرك ابن سهل زماننا الذي هو في حدود الثلاثين بعد مائة وألف لقال قولاً أبلغ ممّا قاله عن سحنون، وهذا أمر يجزم به اللبيب المنصف، وأنه لا يحل في زماننا الحكم بما قاله سحنون لأن كلام ابن سهل يدل على أن الزمان إنما تغير في وقته لا في وقت سحنون، وتغيّر وقت ابن سهل بالنسبة لزماننا كلا تغير، اللهم استر عوراتنا وآمن روعاتنا، والحاصل أن كلام ابن القاسم هو الذي ندين الله تعالى به وهو المنجي مع الله ولا نتقلد غيره أصلاً وإن كنا لسنا أهلاً لهذا الكلام، لكن إن أردت الحق فانظر شرحنا على قول المتن ولا يستند لعلمه مع تلك المسائل تطلع على كلام الناس في هذا، وممّا يدل على صحة ما أشرنا إليه هو قول المتيطي، وأما الوجه الثالث أي إقراره في مجلس الحكم فاختلف فيه عندنا، فإن كان ابن المواز ذكر أنه لا اختلاف فيه بين أصحاب مالك يعني في أنه لا يقضي فيه بعلمه. وقال ابن الماجشون: الذي عليه قضاتنا بالمدينة ولا أعلم مالكًا قال خلافه أنه يقضي عليه بما سمع منه، وإليه ذهب مطرف وأصبغ وسحنون، والمشهور في المذهب أنه لا يقضي عليه إذا جحد إلاّ بإشهاده، ويقبل قول القاضي إذا قال عندي شهود في وجه كذا، وأنه قد أعذر إلى فلان في وجه كذا، وأنه أجله فانصرمت الآجال ولم يأت بشيء وأنه عجزه اهـ. بلفظه، وهذا كلام ابن رشد، وفي نقل ابن فتوح شيء من هذا ولم أقف فيهما على أن العمل جرى بقول سحنون، ونقل ابن شاس عن اللخمي أيضًا فيما قاله الجلاب ما نصه أبو الحسن وهو أشبه بقضاة اليوم لضعف عدالتهم، وقال أيضًا: ولا أرى أن يباح هذا اليوم لأحد من القضاة هذا لفظه، وقوله قال أبو الحسن مراده به اللخمي وأشار إلى قوله في تبصرته ما نصّه: وقد اختلف إذا أقر بعد أن جلسا للخصومة ثم أنكر فقال مالك وابن القاسم لا يحكم بعلمه، وقال عبد الملك وسحنون يحكم، ورأيا أنهما إذا جلسا للمحاكمة فقد رضيا أن يحكم بينهما بما يقولانه ولذلك قصداه، فإن حكم بما أقرّ به ثم أنكر بعد الحكم وقال ما أقررت بشيء لم ينظر إلى إنكاره على المشهور. وقال ابن الجلاب: لم يمض عليه حكم الحاكم إلا ببينة يعني على إقراره وهو أشبه بقضاة الوقت لضعف عدالتهم إلخ. ومرادنا من هذا كله قول اللخمي هو أشبه فإنه اتفق كلام هذا الإمام مع كلام ابن سهل في الجملة وناهيك بهذين الشيخين الجليلين، بل قال في المعيار في نوازل الأقضية عن ابن عبد ربه ما نصّه: الذي جرى به العمل ببلدنا ويفتي به شيوخنا أن لا يحكم الحاكم بعلمه ولا ينفذه الأولين عنده بعد الأعذار إليه هذا بعد لفظه. وقال المازري: من الحكمة والمصلحة منع القاضي الحكمب الحكم بعلمه خوف كونه غير عدل فيقول علمت فيما لا علم له به، وعلى هذا التعليل لا يقبل قوله ثبت عندي كذا إلاّ أن يسمّي البينة، وقد ركب ابن القصار هذا وقال لا يقبل منه إلاّ أن يسمي البينة، وكذا قال ابن الجلاب إلخ. وإذا كان هذا في زمان من ذكر فكيف بزماننا؟

سواهم مـالكٌ قد شدّدا» يعني أنّ عـمل القضاة اليـوم إنّما هو على قول سـحنون في كونه يجوز للقـاضي أن يحكم بما علمه من إقرار الخـصمين في مجلس حكـومتهمـا عَنده. قال اللّخميّ: وينبغي أن لا يحكم إلاّ بحضرة الشّهـود ليحكم بشهادتهم لا بعلمه، وإن كان ممّا يقضى فيـه بعلمه فأخذه بالمتّفق عليـه أحسن. وفي (البيان) قال ابن الماجـشون والّذي عليه قضاتنا بالمدينة وقاله علماؤنا، ولا أعلم مالكًا قال غيره أنّه يقضي عليه بما يسمع منه وأقرّ به عنده، وإليه ذهب مطرّفٌ وأصبغ وسحنونٌ قال ابن رشد: وهو دليل قوله ﷺ في الحديث الصّحيح: «إنّما أنا بشرٌ مثلكم وإنكم لتختـصمون إليّ» الحديث إلى قوله: «فأقضي له على نحو ما أسمع منه»[١٠] لأنّه قال على نحو ما أسمع منه ولم يقل ﷺ على ما ثبت عندي من قوله ا هـ. وقال اللّخميّ: لا يحكم بما علمه قبل ولايته ولا بعدها في غير مجلسه ولا فيه قبل أن يتحاكما ويجلسا للحكومة كسماعه إقرار أحدهما فلمّا تقدّما للحكومة أنكر وهو فيه شاهدٌ ا هـ.

(فرعٌ: من قام) برسم بشهادة عدلين ميّـتين أو غائبين ولم يوجد من يرفع على خطّهما - والقاضي يعرف خطّهما - فـلا يحكم بذلك الرّسم؛ لأنّه من الحكم بعلمه قاله المكناسيّ في جامع مجالسه وفي كتاب ابن يونس: وأمّا إذا جلس الخـصمان إليه فأقرّ أحدهما بشيءٍ وسمـعه القاضي فـجائزٌ أن يقضي به بينهـما، ولو كان غـير هذا لاحتـاج أن يحضر مـعهُ شاهدين أبدًا يـشهدان على النّاس وبذلـك قال ابن الماجشـون وبه أخذ سـحنونٌ ا هـ. قال رحمه الله:

مع أن العمل الذي في التحفة لم أجده في غيـره وإنما رأيت عمل المدينة كما رأيته، وبهذا التعليل الذي ذكره المازري تعلم ما في احـتجاج ابن رشد بحديث: «فأقضي له علـى نحو ما أسمع إلخ» لأن النبي ﷺ معصوم من هذه العـلة مع أن الحديث متول، ففي ابن سهل مـا نصّه: وكأن معنى قول النبي ﷺ: «فأقضي له على نحو ما أسمع منه»[١١] عند ابن القاسم وأشهب إذا شهد بذلك عندي هذا لفظه، وما قـاله سحنون هو كذلك في ابن يونس، لكن قال: إن القـاضي مأمون وهو معين على ما أشرنا إليـه، والحاصل القاضي لا نقول إن فيه إلاّ ما قاله ابن القـاسم فيه في زماننا هذا ولا شك في ذلك أصلاً، وكـذا قوله شهد عندي ودليل ذلك كـله إلخ رأيته ولكن إنما يـسلم هذا من مارج القضاة أو تسـمع لأخبارهم من العدول الثقاة وأنصف من نفسه مـتذكرًا وقوعه في رمسه وقولهم هذا لو لم يعتمد على إقرار الخصم بمجلسـه حين يسمعه لاحتاج إلى أن يحضر معه شاهدين أبدًا يـشهدان على الناس تقـول بموجبـه إن وجدهما القـاضي أحضرهـما أو الخصـمان يحضرانهما ليشهدا عليهما.

وقوله: (فرع من قـام إلخ) انظر القاضي إذا عـرف خطة عند قول المتن ولا يسـتند لعلمه،

---

(١٠) [حـديث صحـيح]: أخـرجـه البخـاري (٢٤٥٨، ٢٦٨٠، ٦٩٦٧، ٧١٦٩، ٧١٨١، ٧١٨٥)، ومـسلم (١٧١٣)، وأبو داود (٣٥٨٣)، والترمذي (١٣٣٩)، والنسائي (٥٤١٦)، وابن مـاجه (٢٣١٧)، وأحمد في المسند (٢٠٣/٦، ٢٩٠، ٢٩١، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٢٠)، والحـمـيـدي (٢٩٦)، والطـبـراني في الكبـيـر (٦٦٣/٢٣، ٧٩٨، ٨٠٣، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٦، ٩٠٧)، وابن حـبان في صـحـيـحه (٥٠٧٠، ٥٠٧٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٤٣/١٠، ١٤٩، ١٥٠).

(١١) [حديث صحيح]: تقدم فيما قبله.

وعــــدلٌ إن أدّى على مـــا عــنده ... خـــــــلافــــــه منع أن يــردّه

وحــقّــه إنهـــاء مـــا فـي علمـــه ... لمن ســـواه شـــاهدًا بحـكمـــه

يعني أنّ الشّاهد العدل إذا أدّى شـهادته عند القاضي والقاضي يعلم خلاف مـا شهد به ذلك العدل فليس للقاضي أن يردّ شهادته؛ لكونه يعلـم خلاف ما شهد به ذلك العدل وذلك لأنّه لا يحكم بعلمه، ولكن يرفع القاضي شهادته لغيره من القضاة أو لمن حكّمه الخصمان في نازلتهما فـيكون شاهدًا لا قاضيًا، ويجري هذا الحكم أيضًا في غـير ذلك ممّا علمه القاضي، فإنّه لا يحكم بعلمه كما تقدّم، ولكنّه يرفع ذلك لغـيره على أنّه شاهدٌ لا حاكمٌ كما قاله في المقرّب ولفظه: قال سحنونٌ قال ابن القاسم سئل مالكٌ عن الخصمين يتخاصمان إلى القاضي فقرّ أحـدهما لصاحبه بشيء وليس عند القـاضي أحدٌ غيره ثمّ يجحـد المقرّ أترى للقاضي أن يحكم عليه بإقراره ومقـالة؟ فقال: لا إلاّ ببيّنة تشهد على إقراره سـوى القاضي أو يرفعه إلى من فوقـه فيكون شـاهدًا لا حاكـمًا، وقد حكى ابن يونـس في أواخر كتـاب الأقضـية عن سحنون: لو شهد عندي عدلان مشهـوران بالعدالة، وأنا أعلم خلاف ما شهدا به لم يجز أن أحكم بشهـادتهما ولا أن أردّهما لعـدالتهمـا ولكن أرفع ذلك للأمير الّذي فوقي وأشـهد بما علمت وغيري بما يعلم ا. هـ. فالمسألة الأولى في المقرّب تقدّمت في قوله: وفي سواهم... إلخ وإذا لم يحكم بعلمـه فيرفع شـهادته لغيـره. والمسألة الثّانيـة هي مسـألة البيتين فـقوله: وحقّه... إلخ (يرجع لهـاتين المسألتين) معًا فقول النّاظم: شـاهدًا بحكمه أي بحكم الشّاهد فكأنّه قصد أنّه ينزل عن رتبة حكمه إلى رتبة الـشّاهد وحكمه، ولعلّ المناسب لهذا التّقرير أنّ الباء في بحكمه بمـعنى على وضمير حكمه للشّـاهد، أي وحقّه أن يرفع شهـادته لغيره على حكم الشّاهد وسبيله، والإنهاء هنا بمعنى رفع الشّهادة لا الإنهاء المصطلح عليه.

(فرعٌ: قال ابن رشدٍ) قـول القاضي: وهو على قضائه حكمت لـفلانٍ بكذا لا يصدّق

وعند قول المتن ولا تقبل شهادته بعـده أنه قضى بكذا وانظر هنا الشهادات على الخطوط. وقوله: **(يرجع لهاتين المسألتين إلخ)** انظر هذا ولعل المسألة واحدة لا اثنتين، ولكن ما سـمعه في مجلسه من إقرار الخصم قيل يشهد به وقيل لا على خلاف قـوي بخلاف ما علمه من غير هذا فإنه يشهد به، ولكن الذي يظهـر رجحـانه هو أنه يشهـد بذلك مطلقًا والخـلاف في ذلك موجـود عزل هذا السامع أم لا كما هـو في ابن الناظم وغيره. وقول النظم شاهدًا بحكمه عـبارة الكافي في هذا ما نصّه: ولا يجوز للحـاكم أن يحكم بعلمه في حد ولا في حق من الحقـوق ولا في شيء قد كان شهد به مع غيره، ويحكم بشهـادة غيره في ذلك مع يمين الطالب إن كان مالاً وإلاّ رفع ذلك إلى الإمام وكان شاهدًا بما عنده مع الشاهد الآخر إلخ وهذا منه بلفظه.

قوله: **(فرع: قال ابن رشد إلخ)** قال في المختصر ولا تقبل شهادته بعده أنه قضى بكذا، وقد تكلمنا على هذا أيضًـا عند قول المتن: وإن أنكر محكوم إلخ. وكـذا عند قوله: وأنهى لغـيره في شرحنا على المختصر فقف على المواضع الثلاثة، وحـاصل ما لخصناه أن شهادة القاضي قبل عزله بأنه حكم لفلان بكذا أو بأنه ثبت لفلان عنده كذا جائزة معتمدة معمول بها وذلك هو قول أصبغ، قال ابن دبوس وهو الأشـهر وذلك للضرورة وإن كان فـيه شهادة على فـعل نفسه كمـا أشار إليه العبدوسي، وتقدم ما يدل على هذا قريبًا في المسألة قبل هذه وهو قول القاضي: أجلت لفلان وإن كان في ذلك خـلاف، والمدونة ظاهرها دال لهذا أيضًا، ونقلنا هذا كله عند قـول المتن ولا تقبل،

فيه إن كان بمعنى الشّهادة مثل قول أحد المتخاصمين عند قاضٍ: حكم لي قاضي بلد كذا بكذا أو ثبت لي عنده كذا، فيسأله البيّنة على ذلك فيأتيه منّ عنده بكتاب إنّي حكمت لفلان على فلان أو ثبت عندي له عليه كذا فهذا لا يجوز؛ لأنّه على هذا الوجه شاهدٌ، ولو جاء رجلٌ ابتداءً للقاضي فقال له: خاطب قاضي بلد كذا بما ثبت لي عندك على فلان أو بما حكمت لي به عليه، فخاطبه بذلك لجاز لأنّه مخبرٌ لا شاهدٌ كما يجوز قوله وينفذ فيما يسجّل به على نفسه ويشهد به من الأحكام ما دام على قضائه.

فرعٌ: قال الموثّقون وإذا كان عند القاضي شهادةٌ وسئل منه رفعها إلى القاضي حيث المشهود عليه - وهو بموضع بعيد - لا يلزمه الأداء فيه إذ لو كان قريبًا للزمه الأداء فله في ذلك ثلاثة أوجه: أحدهما: أن يشهد بذلك شاهدين فينقلانها عنه، والثّاني: أن يشهد على مضمّن شهادته في رسم، ويؤدّي شهوده شهادتهم عنده ويخاطب عليه، والثّالث: أن يقدّم شخصًا يؤدّي عنده ويخاطب المقدّم له ويخاطب القاضي بقبول خطاب المقدّم وذلك يتخرّج على الخلاف هل يجوز للقاضي أن يشهد عند من يقدّمه أو لا، وظاهر المدوّنة أنّه لا يجوز، وقيل: يجوز ذلك ذكر ذلك كلّه أبو الطّاهر بن بشير. قال بعض الشّيوخ: وكان فقهاء غرناطة يعملون بالوجه الثّاني وأهل مالقة بالوجه الأوّل وقال المتيطيّ: وإن علم السّلطان الأعلى لرجلٍ حقًّا، فأراد أن يشهد به عند قاضيه ففي المدوّنة أنّ ذلك جائزٌ وقيل لا يشهد عنده لأنّه كأنّه عند نفسه يشهد، إذًا هو مقدّمه فيئول الأمر إلى أن يقضي بعلمه، وبالأوّل القضاء وعليه الفتيا

وعلمه بصدق غير العدل لا ... يبيح أن يقبل ما تحمّلا

يعني أنّ علم القاضي بصدق من ليس بعدل لا يبيح له قبول شهادته؛ لأنّ ذلك آيلٌ إلى حكمه بعلمه، وسببٌ لتطرّق التّهمة إليه ولأنّ شهادة غير العدل غير معتبرة شرعًا، فهي كالمعدومة حسًّا وقد قال تعالى: **﴿ممّن ترضون من الشّهداء﴾** [البقرة:٢٨٢] وقال: **﴿يحكم به ذوا عدل منكم﴾** [المائدة:٩٥] وحكى ابن يونس عن سحنون قال: لو شهد شاهدان ليسا بعدلين على ما أعلم أنّه حقٌّ لم أقضِ بشهادتهما لأنّي أقول في كتاب حكمي بعد أن صحّت عندي عدالتهما، وإنّما صحّ عندي جرحتهما، وقال نحوه ابن الماجشون وابن كنانة. (وقال ابن عرفة): والحكم بردّ شهادة الفاسق حقٌّ ولو شهد بحقٍّ ا هـ.

ومن جفا القاضي فالتّأديب ... أولى وذا لشاهدٍ مطلوب

(وفلتةٌ من ذي مروءةٍ) عثر ... في جانب الشّاهد ممّا يغتفر

وكلام ابن رشد والسماع وإن نقله ابن عرفة وسلمة خلاف أنقال غيره، وهذا كما يجوز خبره قبل عزله أيضًا، وأما بعد عزله فلا تصحّ شهادته بذلك ولا خبره ولو وجد ذلك بديوانه، وحاصل كلام ابن رشد فيما يقتضيه كلامه من أن شهادة القاضي على فعله لا تجوز قبل عزله غير مسلم، وما في اللقاني وتوبع عليه فيه نظر، وهذا باعتبار أنقال العلماء، وأما كون هذا باعتبار أهل الزمان لضعف عدالتهم فذلك شيء آخر كما قدمناه في استناد الحاكم لعلمه بما سمعه في المجلس.

وقوله في النظم: **(وفلتة من ذي مروءة إلخ)** هو راجع حتى لجفاء القاضي خلاف ظاهر

يعني أنّ من أساء الأدب على القاضي وجفاه بكلام لا يليق بمنصبه فإنّه يؤدّب، وتأديبه أولى من العفو عنه، وكذلك يؤدّب من أساء الأدب على الشّاهد عليه إلاّ إن كان ذا مروءة وقعت منه فلتةٌ في جانب الشّاهد فإنّه يغتفر له ذلك لقوله ﷺ: «أقيلوا ذوي الهيئاتِ عثراتهم»[١٢] والجفاء ممدودٌ، وهو خلاف البرّ وقد جفوت الرّجل أجفوه جفاءً فهو مجفوٌ ولا تقل جفيت قاله الجوهريّ. ومن سماع ابن القاسم قيل له: أرأيت الّذي يتناول القاضي بالكلام فيقول لقد ظلمتني قال: إنّ ذلك يختلف ولم يجد فيه تفسيراً إلاّ أنّ وجه ما قال إذا أراد بذلك أذاه، وكان القاضي من أهل الفضل.فله أن يعاقبه (وما ترك ذلك حتّى خاصم) أهل الشّرف في العقوبة في الإلداد قال ابن رشد: هذا كما قال إنّ للقاضي الفاضل العدل أن يحكم لنفسه في العقوبة على من تناوله بالقول وآذاه بأن نسب إليه الظّلم والفجور، مواجهةً بحضرة أهل مجلسه، بخلاف ما شهد به عليه أنّه آذاه به وهو غائبٌ (لأنّ ما واجهه به من ذلك هو من قبيل الإقرار) وله أن يحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه له

تقرير هذا الشارح تبعًا لتقرير ابن الناظم باعتبار ظاهره ولكن الأمر ليس كذلك وقول هذا الشارح تبعًا لما في ابن الناظم (وما ترك ذلك حتى خاصم إلخ) هذا قال فيه الحطاب على المختصر هو كذلك في البيان ولم أفهم معناه إلخ. قال كاتبه: معناه بحسب ما يفهم من أنقال الناس هو أن الإذاية كانت تصدر من الناس للناس حتى قام ذوو الشرف بحقوقهم في الإذايات بسبب اللدد عليهم بزجر الحكام المؤذين لهم فانكفت الإذاية منهم تأمله منصفًا، ولكن انظر كلامهم عند قول المختصر: وتأديب من أساء عليه إلخ. فائدة: سبب الأدب هنا الإساءة على القاضي وهي قول المختصر وتأديب من أساء عليه ولدد الخصم وهو قوله وضرب خصم لد، وإساءة الخصم على خصمه وهي قوله ومن أساء على خصمه، والإساءة على المفتي والشاهد وهي قوله أو مفت أو شاهد، فالإساءة على القاضي الأدب فيها ندب كما في المتن وإنه لم يجب لأنه شبه منتقم لنفسه. وكلام ابن ناجي معترض، وكذا كلام غيره مما يوافقه والأدب في القاضي الفاضل العالم، وأما الثلاث الباقية فإن كانت الإساءة بمجلس القاضي فالأدب واجب لأنه لا معارض للوجوب، وإن كانت في غير مجلسه فذلك حق آدمي إن قام به أخذ له وإلاّ فلا، ولهذا عطف في المختصر ومن أساء على خصمه أو مفت أو شاهد على مفعول عزر وهو شاهد إذ تعزيره واجب فافهم هذا فإن فيه تحريراً. وقول هذا الشارح: (لأن ما واجهه به إلخ) هذا كلام فيه ما لا يليق أصلاً، فكيف يتمول هذا المال بلا شهود أنه أخذ من مال القاضي وقد قال في المختصر: ولا يحكم لمن لا يشهد له على المختار. وقال اللخمي في هذا ما نصّه: قال محمد كل من لا تجوز شهادة القاضي له لا يجوز أن يحكم له إلخ. ومن المعلوم أن القاضي لا يشهد لنفسه إذ من المجمع عليه منع شهادة الإنسان لنفسه، ونقلنا ذلك عند قول المختصر: ولا متأكد القرب وقد قال في المختصر: ويحكم لنفسه، فالحكم للنفس هو من خصائصه ﷺ. وقال أيضًا وتحكيم غير خصم، وقد قال اللخمي في تبصرته ما نصّه: واختلف هل يقضي القاضي ممّا تضمنته من حق الله تعالى أي الحكومة أي ولا يقضي بما تضمنته من حقه. قال محمد: إذا شهد عند القاضي عدلان أنه سرق متاعًا له أي للقاضي قطعه ولم يغرمه المتاع حتى يرفع الشهادة إلى غيره في حقه لأن الغرم حق له هو لا

---

(١٢) حديث صحيح: أخرجه البخاري في الأدب المفرد (٤٦٥)، وأبو داود (٤٣٧٥)، وأحمد في المسند (٦/ ١٨١)، وابن حبان في صحيحه (٩٤)، والدارقطني في سننه (٣٤٣٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٢٦٧)، وأبو نعيم في الحلية (٩/ ٤٣)، وصححه الشيخ الألباني في الصحيحة (٦٣٨).

ويتمول المال بإقراره ولا يحكم بشيء من ذلك بالبيّنة. وكذا قال ابن حبيب والعقوبة في هذا أولى من العفو وقال ابن أبي زيد: قال ابن سحنون عنه إن قال الخصم لمن شهد عليه شهدت عليّ بالزّور أو بما يسألك اللّه عنه، أو ما أنت من أهل الدّين أو من أهل العدالة، ولم يكن قائل ذلك من أهل الفضل ويؤدّب المعروف بالإذاية بقدر جرمه، وقدر الرّجل المنتهك حرمته، وقدر الشّاتم في إذاية النّاس، وإن كان من أهل الفضل وذلك منه فلتة تجافى عنه. قال الشّارح ويلحق بقضيّة الشّاهد وقوع أحد الخصمين في صاحبه فقد نقل ابن حبيب عن مطرّف وابن الماجشون، إن شتم أحد الخصمين صاحبه عند القاضي أو أسرع إليه بغير حجّة كقوله: يا ظالم يا جائر، فعليه زجره وضربه إلاّ ذا مروءة في فلتة منه فلا يضربه؛ لأنّه إن لم ينصف النّاس في أعراضهم لم ينصفهم في أموالهم ا. هـ. فلو قال النّاظم بدل الشّطر الأخير من البيت الثّاني في الخصم والشّاهد ممّا يغتفر لأفاد مسألة الوقوع في الخصم. وفي مختصر الشّيخ خليل عاطفًا على قوله: وعزّر شاهدًا بزور ومن أساء على خصم أو مفت أو شاهد لا يشهد بباطل كلخصمه كذبت، وقال قبله: وتأديب من أساء عليه إلاّ في مثل اتّق اللّه في أمري فليرفق به.

يقضي لنفسه. وقال ابن عبد الحكم: لا يقطعه وليرفعه إلى من فوقه إلخ وهذا منه بلفظه فانظره فإنه دال غاية على ما نرومه. ونقله ابن دبوس ولم يبحث فيه بشيء. ونقل ابن يونس كثيراً من هذا وسلمه. وانظر كلام الناس في شرحنا عند قول المصنف: وتحكيم غير خصم إلخ. وكلام ابن رشد نقله ابن عرفة وسلمه حيث قال ما نصه الشيخ أشهب عن المجموعة وكتاب ابن سحنون لا يجوز للقاضي أن يحكم لنفسه، ولابن رشد في رسم تأخير الصلاة من سماع ابن القاسم له أي القاضي أن يحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه ويتمول المال بإقراره ولا يحكم بشيء من ذلك بالبينة، ودليله قطع أبي بكر الصديق يد الأقيطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته هذه الرواية الصحيحة اهـ بلفظه. وقوله هذه الرواية الصحيحة أي كونه قطعه بإقراره فإنه روي أنه قطعه بالبينة، وفي الموطأ فاعترف به الأقطيع أو شهد عليه على الشك إلخ ولم يظهر هذا الدليل لأن كلاً منهما في المال لا في القطع، وقد رأيت الخلاف فيه مع البينة، وتقدم أن القاضي يحكم للأجنبي بالبينة، وهل يحكم بإقرار الخصم بمجلسه فيه خلاف قوي رأيته. وقال أبو الحسن على قولها ولا بأس أن يضرب الخصم إذا تبين لدده وظلمه ما نصه معناه ببينة إذ لا يقضي بعلمه إلاّ في التعديل والتجريح اهـ. قال ابن ناجي بعد نقله أي كلام أبي الحسن ما نصه: هذا منه جهل لأن ما ذكره إنما هو في الأموال وما يكون بين يديه الأدب فإنه يحكم فيه بعلمه، وإلاّ كان يجب عليه أن لا يحكم بين اثنين إلاّ بحضرة عدلين، وصرح شيخنا الشبيبي في فتاويه بتأديبه، ومثل هذا نقل عن سيدي عيسى الغبريني ثم قال وبه حكمت بباجة إلخ. وما ردّ به على أبي الحسن غير بيّن مع أن العبدوسي تابع أبا الحسن في هذا والحطاب اقتصر على كلام أبي الحسن وابن مرزوق قال ما نصه قالوا يعني ببينة إلخ. وكلام أبي الحسن هو المطابق لقولهم ولا يستند لعلمه إلاّ في التعديل والتجريح، وبينا ذلك عند قول المتن ولا يستند لعلمه إلخ فكلام أبي الحسن هو الحق إن شاء الله تعالى مع أن في تعبير ابن ناجي جفاء لا سيما في حق أبي الحسن فإنه إمام جليل، ومع ذلك فقد اتفق أبو الحسن وابن ناجي على أن الخلاف في حق الله تعالى، وأما في المال فلا يحكم بعلمه فيه، وبه يتبين أن كلام ابن رشد خلاف المذهب باعتبار المال، ومن وقف على أنقالنا عند قول

ومن ألدّ في الخصام وانتهج نهج الفرار بعد إتمام الحجج
ينفّذ الحكم عليه الحكم قطعًا لكلّ ما به يختصم
وغير مستوفٍ لها إن استتر لم تنقطع حجّته إذا ظهر
لكنّما الحكم عليه يمضي بعد تلوّمٍ له من يقضي

يعني أنّ الخصم إذا ألدّ في الخِصام أي أكثر الخصومة وسلك طريق الفرار، وفرّ من القضاء والحكم عليه وتغيّب عن مجلس الحكم، فإن كان ذلك بعد أن أتمّ حجّته واستوفى من الآجال معذرته، فإنّ القاضي ينفّذ الحكم عليه ويمضيه ويقطع خصومته ولا ترجى له حجّةٌ، ولا تسمع له بعد ذلك بيّنةٌ. وإن كان فراره وتغيّبه قبل أن يستوفي حجّته ويستقصي في إبطال دعوى خصمه منفعته، فإنّ القاضي ينفّذ الحكم عليه أيضًا لكن بعد التّلوّم له والتّأنّي له من غير قطعٍ لما يأتي به من الحجّة بهذا جرى العمل واقتضاه عند الفقهاء النّظر. ففي سماع أشهب قال: كتب ابن غانم إلى مالك بن أنس يسأله عن الخصمين يختصمان إليه في الأرض فيقيم أحدهما على الآخر بيّنةً بأنّها له فإذا علم بذلك الّذي قامت عليه البيّنة هرب وتغيّب فطلب فلم يوجد أيقضى عليه وهو غائبٌ؟ فقال مالكٌ لكاتبه اكتب إليه إذا ثبتت عندك الحجج وسألته عمّا تريد أن تسأله عنه عندك فلم تبق له حجّةٌ بنعم فاقض عليه وهو غائبٌ قال ابن رشد: هذا كما قال إنّه إن تغيّب بعد أن استوفى جميع حججه وهرب فرارًا من القضاء عليه إنّه يقضي عليه ويعجزه ولا يكون له إذا قدم أن يقوم بحجّته بمنزلة أن لو قضي عليه وهو حاضرٌ، قال: وأمّا إن هرب وتغيّب قبل أن يستوفي جميع حججه، فالواجب في ذلك أن يتلوّم له فإن لم يخرج وتمادى على تغيّبه واختفائه قضى عليه من غير أن يقطع حجّته وباللّه التّوفيق. قال الشّارح ما معناه إنّ الهارب من القضاء والحكم عليه إمّا قبل حضوره مجلس الحكم وهو المتقدّم في قوله: ومن عصى الأمر ولم يحضر طبع... إلخ وإمّا بعد حضوره مجلس الحكم ففي ذلك وجهان: قبل تمام حجّته أو بعد تمامها وهذا الّذي تكلّم عليه في هذه الأبيات. وألدّ أكثر الخصومة والملدّ شديد الخصومة وتقدّم الكلام عليه عند قوله: وأجرة العون... إلخ معنى انتهج نهج الفرار سلك طريق الفرار أي فرّ وهرب. قال في الصّحاح: النّهج الطّريق الواضح، ونهجت الطّريق إذا سلكته وفلانٌ ينهج سبيل فلان أي يسلك مسلكه اهـ. والحجج: جمع حجّة وهو ما يدفع به عن نفسه أو يثبت به لها والحكم بضمٍّ فسكونٍ مفعول ينفّذ، والحكم فاعلٌ ينفّذ وهو بفتحتين القاضي، وقطعًا: مصدرٌ في موضع الحال من الحكم. وقوله وغير مستوفٍ هو مقابل

المتن، ولا يشهد لمن لا يحكم له إلخ علم صحة ما قلنا، وتقدم في قول الكافي ولا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في حد ولا في حق من الحقوق إلخ قريبًا. وفي ابن سهل وقال ابن القاسم وأشهب: لا يقضي القاضي بعلمه ولا بما أقرّ عنده به في مجلس قضائه أو غيره لا في حد ولا في غير هذا لفظه وكأن هذا ينظر لمسألة ابن الماجشون ومن خالفه، اللهم إلاّ أن يكون ما ذكره ابن رشد معه بينة سمعت الإقرار مع القاضي فذلك يقرب ولكن بعيد من لفظه هذا، وانظر قوله: ولا يحكم بشيء إلخ.

قوله: . بعد إتمام الحجج والحكم مفعول يمضي وهو مضارع أمضى. وبعد تلوّم يتعلّق بيمضي وله في موضع الصّفة لتلوّم والضّمير في له وعليه لغير المستوفي حجّته ومن يقضي: فاعل يمضي. فرعٌ: في طرر ابن عات من وجبت له يمينٌ وتغيّب عن قبضها فإنّ القاضي يوكّل من يتقاضى له يمينه إذا ثبت عنده غيبة الّذي وجبت له اليمين، ويشهد على ذلك.

فصلٌ في المقال والجواب

المراد بالمقال دعوى المدّعي، وبالجواب ما يجيب به المدّعى عليه فإن قيّدت الدّعوى في كتاب فهي التّوقيف الآتي ذكره، ومن الدّعوى ما يجب كتبه وتقييده، ومنها ما يحسن ترك تقييده، ومنها ما يجوز فيه الأمران والتّقييد أحسن كما يأتي ذلك كلّه إن شاء اللّه.

ومن أبى إقرارًا أو إنكارًا ... لخصمه كلّفه إجبارًا

فإن تمادى فلطالبٍ قضي ... دون يمينٍ أو بها وذا ارتضي

تقدّم أنّ الخصمين إذا جلسا بين يدي القاضي وعرف المدّعي من المدّعى عليه فإنّه يأمر المدّعي بالكلام، فإن ذكر دعوى صحيحةً لم يختلّ فيها شرطٌ من شروطها المتقدّمة أمر المدّعى عليه بالجواب فإن أجاب بالإقرار ارتفع النّزاع، وإن أنكر طولب المدّعي بالبيّنة فإن عجز عنها حلف المدّعى عليه وبرئ وتقدّم هذا كلّه، وكلام النّاظم هنا حيث يمتنع المدّعى عليه من الجواب بإقرار أو إنكار، فأخبر في البيتين أنّه إذا لم يجب بإقرار ولا بإنكار فإنّه يكلّف الجواب ويجبر علَيه يعني بالضّرب والسّجن، فإن لم يجب بشيء قضى للطّالب دون يمين تلزمه، وقيل بعد أن يحلف وهو المرتضى عند النّاظم، (وأفتى الشّيخ بعدم اليمين فقال وإنْ لم يجب) حبس وأدّب ثمّ حكم بلا يمين. قال الشّارح: فإن أبى المدّعى عليه من

فصل في المقال والجواب

قوله: **(وأفتى الشيخ خليل بعدم اليمين فقال: وإن لم يجب إلخ)** الراجح والذي به العمل هو ما في المختصر ففي ابن سهل ما نصّه: أفتى فقهاء قرطبة في مثل هذا بالضرب حتى يقر أو ينكر فإن تمادى على إنكاره حكم عليه بغير يمين إلخ. وأطال ابن دبوس في المسألة وقال أثناء إنقاله ما نصّه: وقال محمد بن أحمد الذي جرى عليه العمل أن يجبر المطلوب على أن يقرأ أو ينكر فإن أبى من الجواب كلفه القاضي أن يجيب على ما أحب أو كره ويؤدّبه إن تمادى، فإن استلج في الإباية وتمادى عليها عدّ ذلك منه إقرارًا بحق الطالب وقضى له بلا يمين اهـ. بلفظه. وقال ابن الحاجب: وإذا امتنع المدعى عليه من إقرار أو إنكار فروى أشهب يحبس، وقال أصبغ كأننا كل يحلف المدعي ويحكم عليه وإن كان مما لا يثبت إلا ببينة طولب بها وحكم. وقال محمد: يحكم عليه بغير يمين. وقال اللخمي: يخيّر بين الثلاثة فإن اختار الحكم بغير يمين كان على حجته اهـ. بلفظه. وكتب عليه في توضيحه: ما قاله أشهب استصوبه ابن رشد وهو الظاهر لأن الخصم لم

الإقرار أو الإنكار أجبر على ذلك بالسّجن والضّرب فإن تمادى على إبايته بعد السّجن والضّرب فقال ابن المواز: يقضي عليه بما ادّعاه عليه خصمه من غير يمين وقال أصبغ بعد اليمين وهذا إذا كانت الدّعوى تثبت بالشّاهد واليمين وقال إنّه الّذي ارتضاه أهل العلم. وقال في المقرّب (وقد سأل ابن كنانة) مالكًا عن رجلٍ بيده دورٌ فأتى رجلٌ فقال: إنّ هذه الدّور بحدّي فقال الّذي بيده الدّور: أقم البيّنة على ما قلت، وأمّا أنا فلا أقرّ ولا أنكر فقال مالكٌ: لا يترك على ذلك ويجبر حتّى يقرّ أو ينكر. وقال المقري في كلّيّاته الفقهيّة: كلّ من لا يدفع الدّعوى فإنّه يحكم عليه بلا يمين ولو كان المدّعى فيه في يده. قال الشّارح: ظاهر هذه الكلّيّة موافقة ما صدّر به الشّيخ أوّلاً من عدم اليمين، وهو قول ابن المواز ا هـ. وهو الّذي في المختصر كما تقدّم وجملة كلّفه جواب من أبى، وهو بضمّ الكاف وكسر اللام مشدّدةً مبنيٌّ للنّائب محذوف الفاعل للعلم به أنّه القاضي والنّائب ضميرٌ مستترٌ يعود على من أبى والضّمير البارز مفعولٌ ثان لكلّف يعود على الإقرار والإنكار وأفرد الضّمير للعطف بأو، ويحتمل أن يقرأ كلّف بفتح الكاف واللام مبنيًا للفاعل وإجبارًا مفعولٌ مطلقٌ من معنى كلّف لا من لفظه، وهو مصدر أجبر الرّباعيّ، ويقال جبره جبرًا قال في القاموس جبره على الأمر أي أكرهه كأجبره ا هـ.

(فرعٌ قال المتيطيّ: وإن كان جواب المطلوب) على التّوقيف لا حقّ له عندي ولم يردّ

يتوجه عليه غير ذلك ابن عبد السلام وبه جرى العمل إلخ. وما قاله أشهب هو أنه أقرّ أن لا يمين معه بدليل قوله وقال أصبغ إلخ. وهكذا قال المتيطي الذي به العمل أن هذا إقرار لا يمين معه وفي هذا كفاية غاية فما في التحفة لا يقاوم ما في المختصر مع أن كثيراً ذكروا أنه لا يمين هنا ولم نسمهم اختصاراً انظر شرحنا في ذلك، ولكن صاحب التحفة ضدر بعدم اليمين فهو موافق لما في المختصر، وإنما الكلام مع قوله: وإذا ارتضي، والحاصل الراجح والذي به العمل نفي اليمين وكأن الخلاف مبني على أن هذا الامتناع إقرار فلا يحتاج إلى يمين المدعى عليه أو نكوله فيحلف المدعي وهذا فيما يفيده الإقرار كالرجل في ابنته المجبرة لا غيرها كما لا يخفى، لأن الحق إذا كان لا يثبت إلاّ بعدلين فلا بدّ من ذلك. قوله: **(وقد سأل ابن كنانة إلخ)** ظاهر هذا النقل أن المطلوب بالجواب قبل أن يثبت الطالب الموت والإراثة وليس الأمر كذلك، ولذلك قال في الوثائق المجموعة ما نصّه: وذلك إذا كان المدعي أثبت الموت والإراثة حتى استبان قعوده عن الذي يزعم أن الأصل كان له فحينئذ يكون له توقيف الذي في يديه الدار إلخ وهذا منه بلفظه وهو حسن غاية، وما ذكره في الوثائق المجموعة هو الذي مضى عليه عمل الشيوخ، وقد ذكر هذا ابن رشد وغيره وهو في أنقال المواق عند قول المختصر: وجازت بسماع فشا إلخ. وهذا الشارح تبع في عدم التقييد بما ذكر ابن الناظم فأوهم شيئًا لا يحل العمل به.

قوله: **(فرع: قال المتيطي: وإن كان جواب المطلوب إلخ)** هذا صحيح ولكن إن وقفت على شرحنا لقول المتن فيدعي بمعلوم إلخ رأيت العجب فيما يجب من البيان في هذا.

على ذلك فروى ابن القاسم عن مالك أنّه لا يقنع منه بذلك حتّى يقرّ بالسّلف أو ينكره ابن عرفة: وإذا ذكر المدّعي دعواه فمقتضى المذهب أمر القاضي خصمه بجوابه إن استحقّت الدّعوى جوابًا وإلاّ فلا، كقول المدّعي، هذا أخبرني أنّه رأى هلال الشّهر أو سمع من يعرّف بلقطة، ولا يتوقّف أمره بالجواب على طلب المدّعي لذلك لدلالة حال التّداعي عليه ابن عرفة: وظاهره إيجاب جوابه بمجرّد قوله: لي عنده كذا وليس كذلك بل لا بدّ من بيان السّبب من سلف أو معاوضة أو عطيّة ونحوها؛ لجواز كونها من أمر لا يوجب وجوبها عليه كعدّة أو عطيّة من مال أجنبيٍّ ا هـ.

والكتب يقتضي عليه المدّعي ... من خصمه الجواب توقيفًا دعيْ

الكتب مصدرٌ وهو هنا بمعنى المفعول يعني أنّ المكتوب الّذي يطلب المدّعي من خصمه الجواب عنه؛ لاشتماله على دعواه وتضمّنه إيّاها يدعى، ويسمّى عند الموثّقين بالتّوقيف لكون الطّالب الّذي أملاه على كتابه يوقف عليه المطلوب ويطلبه بالجواب عنه بين يدي القاضي، وهذا هو المسمّى بالمقال أيضًا والكتب مبتدأٌ وجملة يقتضي بمعنى يطلب صفته وفاعل يقتضي هو المدّعي ومن خصمه يتعلّق بيقتضي. والجواب: مفعوله وعليه يتعلّق بالجواب ويحتمل أن تكون على بمعنى عن، وهو المناسب وتوقيفًا مفعولٌ ثان لدعي والأوّل ضمير الكتب وجملة دعي خبر الكتب والرّابط لجملة الصّفة بموصوفها هو ضمير عليه، والجملة الخبر بالمبتدأ هو نائب. دعي العائد على (الكتب) واللّه أعلم.

وما يكون بيّنا إن لم يجب ... عليه في الحين فالإجبار يجب

وكلّ ما افتقر للتّأمّل ... فالحكم نسخه وضرب الأجل

وطالب التأجيل فيما سهلا ... لمقصد يمنعه وقيل لا

يعني أنّ المقال المسمّى بالتّوقيف إن كان سهلاً بيّنًا للتّأمّل قليل الفصول قريب المعنى، فإنّ المطلوب يجبر على الجواب عنه في الحين من غير تراخٍ، وإن كان بعكس ذلك من كثرة الفصول واختلاف المعاني والافتقار إلى النّظر والتّأمّل فإنّه يحكم للمطلوب بأخذ نسخة منه ويؤجّل في جوابه بقدر اجتهاد القاضي. قال الشّارح: وذلك مقتضى ما نقله المازريّ عن ابن أبي زيد قال: وبه العمل، وإلى هذا أشار بالبيتين الأوّلين فإن طلب المطلوب التّأخير بالجواب في المقال القليل الفصول القريب المعاني لمقصد يبيّنه كتوكيل من يجيب عنه وما أشبهه فقيل: يمنع منه وقيل: لا يمنع، قال الشّارح: (والأظهر أنّه يمنع منه) ولذلك قدّمه

قوله: (والأظهر أنه يمنع إلخ) تأمّل هذا مع ما نذكره من تمكين المطلوب من التوكيل في باب الوكالة، ومع ما يأتي من قول المتيطي ما نصّه: فإذا ادعى رجل على رجل في دار أو عقار بيده سأله عنها بالشهادة فإن أنكر أن يكون له فيها حق معه أو ملك قيدت إنكاره بالشهادة، فإن قال المطلوب لا أجاوب الآن عنها لأن فيها حدودًا كثيرة حتى أتأملها أجلّ في الوقوف عليها بقدر ما يراه الحاكم ويدفع له نسخة الحدود، وهكذا يؤجل المطلوب في كل توقيف لا يتأتى فهمه في

الشّيخ رحـمه الله في هذا البيت، ولفظ الإجبـار يقرأ بنقل حركـة الهمزة للسّاكن قـبلها، وجملة يمـنعه بالبناء للنّائب خـبر طالب والضّـميـر البارز - للتّأخـير، والنّائب يعـود على الطّالب.

فرعٌ: وفي الوثائق المجموعة قال أحمد بن سعـيد: وإذا دعي الخصم إلى انتساخ وثيقة وقف عليها ليقف على فصولها فإنّه إن كانت الوثيقة مُختصرةً للفهم لمعانيها، ويوقف عليهاً للسّماع لها لم يعط نسختها فإن كانت طويلةً كثيرة المعاني لا يحاط بفهم معانيها، ويحتاج إلى التّثبّت فيها أعطي نـسختهـا ا هـ. (وفي ابن عرفة) وفي تمكين المطلوب من نسـخة بما شهد به عليـه مطلقًا، أو إن كانت فيـما يشكل ويحتاج المطلوب فيـه إلى تدبير وتأمّل نقل المازريّ عن القاضي أبي طالب والشّيخ المازريّ وعليه العمل ا هـ. ونحوه في ابنْ سلمون.

(ومن نوازل الأيمان والدّعـاوى) من المعيـار سئل ابن أبي زيد عن مـتخاصـمين طلب

المجلس لكثرة فـصوله، وأمـا إن كانت الوثيقـة مختـصرة يوقف عليهـا وتفهم بالسـماع لم يعط نسختها. قال ابن الهندي: وجرى العمل عندنا في هذا الوقت بإعطاء النسخ كلها صغيرها وكبيرها إلخ وهذا منه بلفظه من ترجمة من قـام بحق على ميت أو غائب وكأن صاحب التحفـة وشارحها ابن عرفة لم يقفوا على هذا، وكان العمـل عندنا اليوم على ما قاله ابن الهندي لأننا رأينا أشياخنا الذين تولوا القـضاء لا يعطون تفصـيل صاحب التـحفـة في هذا وهذا هو أسلم لا سيـما من لم يخالط الأمـور الشرعيـة ولا ضرر على المعطي للنسخ في هذا، ومن تولى القـضاء بان له أن هذا أولى فافهم وتأمل ما يذكره شارح التحفة هنا في قولهـا ويوجب التقييد للمقال فإنه ربما يفهم منه ما يعين على فهم ما ذكر.

قوله: (ومن نوازل الأيمان والدعـاوى إلخ. كأنـه لم يقف على هذا إلاّ في المعيـار وفي ابن فرحون ما نصّه: مسألة: إذا كان عنـد رجل كتب لغائب فقام رجل عند القاضي وذكر أن له تلك الكتب حقًا ومنفـعة وسأله أن يأمر الرجل بإحـضار الكتب لينظر له فيها الـقاضي يأمر الذي عنده الكتب بإحضارها وينظر فيها من ابن سهل في كـتاب الأقضية اهـ. بلفظه، ونقلنا هذا في شرحنا عند قول المخـتصر: والعشـرة أو اليومان إلخ آخر كـتاب القضـاء، ووجدت بخط شيخنا سـيدي محـمد بن سودة قـاضي فاس في حينه مـا نصّه: إن الخصم لا يلزمـه إعطاء موجبـاته التي بيده لخصمـه ولو مكن الخصم من هذا وشبهه وألزم خـصمه به لفتح على الناس باب في الخـصومات يعسر سدّها هذا لفظـه، ومن خطّه نقلت، وكتب عليه الشيخ سيدي عـبد القادر الفاسي وهو من خطّه أيضًا ما نصّه: الجـواب صحيح. وكتب عبد القادر الفـاسي وكان ما عند ابن سهل وابن أبي زيد حيث تقـدم للخصم الطالب شـبهة تقـرّبه للصدق وما ذكـره هذان الشيـخان عند انتفـائها، ويحتمل أن هذين الشيخين لم يقفا على ما عند ابن سهل وابن أبي زيد ومع ذلك فاتباع المنصوص أسلم مع الله مع أن هذين الشيخين لم يسوقا نصًا وقـولهما لفتح على الناس باب. يقال: وكذلك إذا لم يكن الخصم مـن رسم يدعي أن له فيه نفـعًا لا سيـما إن تقـدمت بين الخصمين شـركة أو وراثة، ولو قيل إن الطالـب يحلف أنه ما قصـد حيلة وإنما قصـد الاطلاع على نفع له في الرسم يجزم به أو يظنه لـكان قولاً حسنًا. وكـذا لو قيل الخصم لا ينظر الرسم وإنما يـدفع الرسم للعدل يوثق به ينظره هو لا الخـصم، تأمل هذا فإنه أمر صـعب، ومن ابتلي بالقضـاء وراقب الله تعالي علم صعوبته في التمكين والمنع فافهم.

أحدهما صاحبه أن يوقفه على وثيقة بيد له فيها حقٌّ فأجاب: إذا حضر الحكم وجب إخراج الوثيقة للطّالب لينظر فيها، وليس لهُ الامتناع منه وهو من حقّ الطّالب انتهى.

ويوجب التّقييد للمقال تشعّب الدّعوى وعظم المال

لأنّه أضبط للأحكام ولانحصار ناشئ الخصام

وحيثما الأمر خفيفٌ بيّن فالتّرك للتّقييد ممّا يحسن

فربّ قول كان بالخطاب أقرب للفهم من الكتاب

تقدّم أنّ المقال تارةً يكون صعبًا متشعّبًا كثير الفصول والمعاني، وتارةً بخلاف ذلك، بحيث يكون سهلاً بيّن المعنى ظاهر المقصود، فأخبر هنا أنّه إن كان كالوجه الأوّل فإنّ ذلك يوجب تقييد المقال لا سيّما إن انضمّ إلى ذلك كثرة المال المتنازع فيه لأنّ تقييده يضبط الأحكام، ويحضر ذهن القاضي للنّظر في النّازلة وأطرافها وينحصر بسبب ذلك ناشئ الخصام؛ لئلا ينتقل من دعوى إلى أخرى، وإن كان المقال سهلاً بيّنًا فترك التّقييد له أحسن إذ ربّما كان تلقّي ذلك بالكلام مشافهةً أقرب وأسهل من كتبه، ولا يعني النّاظم أنّ تقييد المقال إنّما هو عند تشعّب الدّعوي وكثرة المال بل هو مشروعٌ في كلّ دعوى إلاّ أنّه إن كانت الدّعوى متشعّبةً، فتقييده واجبٌ وإن كانت بيّنةً ظاهرةً فيجوز أيضًا لكن الأولى تركه، وما كان بينهما فكذلك أيضًا لكن تقييده أولى لأنّه أقطع للنّزاع. وقد ذكر لي بعض أشياخي - رحمه الله - أنّ بعض العلماء العاملين لمّا ولّي القضاء جاءه الأعوان على مقتضى العادة فطردهم وقال لهم: من له حرفةٌ غير هذه فليشتغل بها فلا حاجة لي إليكم، وأجلس معه عدلين مرضيّين فلمّا جاءه الخصمان قيّد العدلان دعوى المدّعي وجواب المدّعى عليه عنها، ثمّ تأمّل تلك الدّعوى وجوابها وفصل بينهما - رحمه الله ونفع به. ولفظ عظم في البيت بضمّ العين وسكون الظّاء اسمٌ من العظم بكسرها قاله في القاموس.

فصلٌ في الآجال

ولاجتهاد الحاكم الآجال موكولةٌ حيث لها استعمال

قوله: «في الآجال» أي في بيان مقدار الآجال وهو جمع أجلٍ، ويطلق لغةً على وقت الموت وحلول الدّين ومدّة الشّيء، والمراد به هنا المدّة الّتي يضربها الحاكم مهلةً لأحد المتداعيين أو لهما لما عسى أن يأتي به من الحجّة. «قوله ولاجتهاد الحاكم... إلخ». يعني أنّ الآجال حيث تستعمل فإنّها موكولةٌ في قدرها وجمعها وتفريقها إلى نظر الحاكم. قال ابن رشد: ضرب الآجال للمحكوم عليه فيما يدّعيه من بيّنةٍ مصروفٌ لاجتهاد الحاكم

فصل في الآجال

قوله: (كمن أخذ بالشفعة إلخ) هذا قال فيه أبو الحسن على المدونة ما نصّه الشيخ العمل

بحسب ما يظهر من حال من ضرب له الآجال، والأصل فيها قول الفاروق رضي الله عنه في رسالته إلى أبي موسى الأشعريّ واجعل لمن ادّعى حقًّا غائبًا أو بيّنةً أمدًا ينتهي إليه فإن أحضر بيّنةً أخذت له بحقّه، وإلاّ سجّلت القضيّة عليه، فإنّه أنفى للشّكّ وأجلى للعمى.

وبثلاثةٍ من الأيّام أجّل في بعضٍ من الأحكام
كمثل إحضار الشّفيع للثّمن والمدّعي النّسيان إن طال الزّمن
والمدّعي أنّ له ما يدفع به يمينًا أمرها مستبشع
ومثبتٌ دينًا لمديانٍ وفي إخلاء ما كالرّبع ذلك اقتفي
وشرطه ثبوت الاستحقاق برسم الإعذار فيه باق

مراد النّاظم - رحمه الله - في هذه الأبيات وما بعدها، بيان ما حكم به القضاة المتقدّمون في تحديد الآجال في مسائل ينقاس على كلّ واحدة منها ما يماثلها، فلا معارضة بين تحديدها وبين كونها موكولةً لاجتهاد الحاكم؛ لأنّه بعد العلم بذلك تبقى النّفس متشوّقةً لتحديدها، وإن كان لا يجب الوقوف عنده لما قرّرنا أنّ ذلك لاجتهاد الحاكم فقد يرى قاضي الوقت خلاف ما حكم به من قبله لمعنًى يختصّ بالنّازلة المحكوم فيها. «قوله وبثلاثة. . . إلخ» يعني أنّ العمل جرى عند القضاة بالتّأجيل بثلاثة أيّام في مسائل وذلك (كمن أخذ بالشّفعة) في شقصٍ وطلب التّأجيل لإحضار الثّمن، وأمّا إن طلب التّأخير لينظر هل يشفع أم لا فلا يؤخّر، وكمن ادّعيت عليه دعوى ماليّةٌ (فادّعى النّسيان) لطول الزّمن فيؤجّل ليتذكّر فيقرّ أو ينكر، (وكمن توجّهت عليه يمينٌ) فادّعى أنّ عنده ما يدفع عنه به

ثلاثة أيام وهو تشديد على الشفيع إذا كان المال كثيراً اهـ. بلفظه: وقال ابن ناجي: قوله أي صاحب المدونة تلوم له اليومين أو الثلاثة إلخ ما ذكره هو المشهور وأحد الأقوال الأربعة، وقال ابن الماجشون: يمهل عشرة أيام ونحوها. وقال أصبغ: بكثرة المال وقلته وعسره ويسره وأقصاه شهر ولا أدري ما وراء ذلك. وقال اللخمي: الشهر كثير للموسر وكنت أقضي بقول أصبغ وربما أزيد على الشهر إلخ وهذا منه بلفظه. وفي أبي الحسن أكثر من هذا وذكر ما لا ضرر فيه على المشتري والقضاء بثلاثة أيام هو في التوضيح أيضاً. وقال المتيطي: هو قول مالك في المدونة وبه القضاء إلخ. وفي المفيد عن ابن مغيث: الذي جرت به الفتوى بين شيوخنا أن الشفيع يضرب له في الثمن ثلاثة أيام إلخ. وقول أصبغ ظاهر بحسب ما نعرفه من القواعد الشرعية، ولعل وجه ما جرى به العمل وهو المشهور أن الأصل في الشفعة إنما يأخذ بها من يأخذ لنفسه، والطول في الأجل ربما يعين على التحليل في الأخذ للغير فافهم هذا، فإن الفقير الذي ليس عنده ما يشفع به ويريد أن يشفع لغيره ويظهر أنه يشفع لنفسه يناسبه الطول ويعينه على مرامه. قوله: (فادعى النسيان إلخ) انظر عند قول المتن ومن استمهل لرفع بينة آخر الشهادات ترى الحق، وأموراً كثيرة من هذا القبيل، ولا يكفي فيه نقل شيء منه. وعبارة ابن الناظم في هذه هي قوله ما نصه: ومثل مدع للنسيان إن طال الزمان فيما يوافقه خصمه عليه من دعوى مالية أو سواها هذا لفظه، وكان المراد بالطول في هذه المسألة ما هو مظنة للنسيان. قوله: (وكمن توجهت عليه يمين إلخ) فائدة: قال ابن عرفة ما نصّه الشيخ عن ابن عبد الحكم إن قال من وجبت عليه يمين اضرب لي أجلاً أنظر في حسابي

تلك اليمين. «قوله أمرها مستبشع» صفة اليمين، ولعلّ وصفها بذلك مبنيٌّ على القول بترجيح الصّلح على اليمين في دعوى يتحقّق بطلانها، وفي المسألة قولان، وكذلك من طلب التّأخير لإثبات دين لمديانه كأن يكون لك في ذمّة إنسان فادّعى العدم، فزعمت أنّ له دينًا على غيره وأردت التّأجيل لإثباته، ويحتمل أن يريد التّأجيل؛ لإثبات الدّين على منكره. فلام لمديان على هذا بمعنى على وكذلك من استحقّ ربعًا بشروط الاستحقاق ولم يبق إلاّ الإعذار للمقوّم عليه، وطلب المستحقّ إخلاء ذلك الرّبع فإنّه يؤجّل حائزه لإخلائه ثلاثة أيّام، فهذه خمسة فروع نصّ على الأوّل منها في المقرّب وعلى الثّالث منها المتيطيّ وعلى الرّابع الجزيريّ نقل ذلك الشّارح في شرحه.

وفي سوى أصلٍ له ثمانيه ونصفها لستّةٍ مواليه

ثمّ ثلاثةٌ لذاك تتبع تلوّمًا وأصله تمتّعوا

يعني أنّ التّأجيل في غير الأصول إحدى وعشرون يومًا ثمانيةٌ ثمّ ستّةٌ ثمّ أربعةٌ ثمّ ثلاثٌ تلوّمًا، وإنّما استثنى الأصول لأنّ الكلام يأتي عليها، وكذلك تستثنى المسائل الخمس المذكورة قبل وما أشبهها إذ ليس التّأجيل بثلاث محصوراً فيها كما أشعر بذلك إدخال الكاف عليها وإن لم تستثن؛ لتناقض الكلام لدخولها في قوله: وفي سوى أصلٍ، واستعمال النّاظم في البيتين تفريق الآجال وسيأتي له الكلام فيها في آخر الفصل والتّلوّم الأجل الأخير، والأصل فيه لقوله تعالى: ﴿تمتّعوا في داركم ثلاثة أيّامٍ﴾ [هود:٦٥] الآية،

وأمري أنظر بقدر ما يراه. وفي طرر ابن عات الشعباني أن طلب من وجبت عليه يمين أن يؤخر اليومين والثلاثة لينظر في محاسبته فله ذلك ولا يراد على ذلك. ثم ذكر قول ابن عبد الحكم قال: وقال غيره ليس له ذلك إلاّ برضا الطالب وإذنه لأن على الحاكم إنفاذ الحق على الخصم إذا وجد لذلك سبيلاً. قلت: فالأقوال ثلاثة وتقييد ابن شاس تأخيره بكفيل بوجه صواب يريد ويغرم المال بعد حلف المدعي إن لم يأت به، ولم يحك ابن الحاج في نوازله إلاّ القول بعدم تأخيره، وأما عكس هذا وهو أن يطلب المدعي تأخير حلف المدعى عليه ففي نوازل ابن الحاجب ليس له ذلك إلاّ برضا المطلوب وهو مقتضى قول ابن عات في طرره من وجبت له يمين على رجل فتغيب عن قبضها وكل القاضي من يتقاضاها إذا ثبت عنده مغيبه ويشهد على ذلك اهـ. بلفظه. وأغفل ابن عرفة وغير واحد ممن تكلم على المسألة قول صاحب الكافي ما نصّه: ومن سأل الحاكم النظرة في يمينه فله ذلك ما لم يتبين ضرره ولدده اهـ. فالسائل للتأخير كلامه هو الطالب لليمين لا المطلوب باليمين، ويظهر أن هذا هو الحق لأن من وجبت له اليمين قد يتحير هل يحلف خصمه أو لا فيؤجر ليرى ما يليق به تأخيراً لا يضرّ بخصمه، وربما يؤخر يمين صاحبه ليسأل هل له من يشهد عليه أو يتذكر رسمًا ونحوه أو يرضى منه بالقليل صلحًا عمّا وجب له باليمين، أو ليسامحه فيها إن كان إذا حلفه خافه، ونحو ذلك من الأمور التي يقصدها العقلاء، ومن مازج القضاء وطال فيه علم أن هذا حق، نعم إن ظهر منه لدد فما قاله ابن الحاج ظاهر لا ريب فيه، وإلاّ فما قاله ابن الحاج لا يليق في غير الملدّ، وقد تكلمنا على هذا عند قول المتن: ومن استمهل لرفع بينة إلخ.

وإليه أشار آخر البيت الثّاني. قال في المقصد المحمود: الآجال تختلف باختلاف الشّيء المدّعى فيه ما عدا الأصول للمثبت لدعواه ثمانية أيّام ثمّ ستّةٌ ثمّ أربعةٌ ثمّ ثلاثةٌ تلوّمًا. وقال فتحونٌ: والآجال في الدّيون والحقوق دونها في العقار والأصول.

وفي أصول الإرث إنّ المعتبر ... من عدد الأيّام خمسة عشر

ثمّ تلي أربعةٌ تستقدم ... بضعها ثمّ يلي التّلوّم

يعني أنّ المعتبر في الآجال وهو الّذي عبّر عنه بعدد الأيّام في إثبات الأصول من إرث أو غيره وفي الإرث من غير الأصول شهرٌ كاملٌ إلاّ أنّه مفرّقٌ أيضًا خمسة عشر يومًا ثمّ ثمانيةً ثمّ أربعةً ثمّ ثلاثةً تلوّمًا، والمراد بالتّأجيل هنا في الأصول هو لإثباتها، وفي قوله قبل وفي إخلاء ما كالرّبع التّأجيل للإخلاء لا للإثبات؛ لأنّه حاصلٌ بدليل قوله: وشرطه ثبوت... إلخ. وهذا أيضًا مع قرب البيّنة بدليل قوله: بعد وفي أصول إرث أو سواه إلى أن قال لكن مع ادّعاء بعد البيّنه. قال ابن رشد: والّذي مضى عليه عمل الحكّام في التّأجيل في الأصول ثلاثون يومًا يضرب له عشرة أيّام ثمّ عشرة أيّام ثمّ يتلوّم له بعشرة أو ثمانية ثمّ ثمانية ثمّ ثمانية ثمّ يتلوّم له بستّة أو خمسة عشر يومًا ثمّ ثمانية ثمّ أربعة ثمّ يتلوّم له بتمام الثّلاثين، وهذا الأخير هو الّذي في البيتين. قال الشّارح: وزاد الشّيخ رحمه الله مع الأصول الإرث حسبما نصّ على ذلك غير واحد. وقال ابن رشد: أو يضرب له أجلاً قاطعًا من ثلاثين يومًا يدخل فيه التّلوّم والآجال كلّ ذلك مضى من فعل القضاة، وهذا مع حضور البيّنة في البلد وإن كانت غائبةً عن البلد فيؤجّل أكثر من ذلك ا هـ.

وفي أصول إرثٍ أو سواه ... ثلاثة الأشهر منتهاه

لكن مع ادّعاء بعد البيّنة ... ومثله حائز ملك سكنهْ

مع حجّة قويّة له متى ... أثبتها لنفسه من أثبتا

يعني أنّ منتهى الآجال في الأصول كانت من إرث أو من غيره مع بعد البيّنة ثلاثة أشهر، وكذلك من بيده ملكٌ حائزٌ له فادّعاه مدّعٍ وأثبت دعواه فطلب الحائز للملك التّأجيل؛ ليأتي بحجّة ذكرها إن ثبتت له كان أولى بالمنزل من مدّعيه فإنّه يؤجّل ثلاثة أشهر أيضًا. وفهم من قوله منتهاه أنّ للقاضي أن يؤجّله أقلّ من ذلك إن رآه. وفهم من قوله بعد البيّنة أنّ ما تقدّم من التّأجيل في الأصول بشهر إنّما هو مع قربها. قال أبو القاسم الجزيريّ: بعد ذكر جملة من الآجال ما نصّه: وفي الأصول الشّهران والثّلاثة لا سيّما إذا ادّعى مغيب البيّنة. وقال المتيطيّ: والآجال في الأصول أو في العقار أبعد منها في الدّيون والحقوق، ويختلف في الآجال في الأصول باختلاف أحوال المضروب لهم، ففي العتبيّة من سماع مطرّف وابن الماجشون من أقام بيّنةً على ملكه منزلاً بيد رجلٍ فيسأل من بيده المنزل فيذكر حجّةً لو قامت له بها بيّنةٌ كان أولى بالمنزل من مدّعيه وسأل ضرب الآجال، لإتيانه بالبيّنة على ذلك فأجّل الأجل الواسع الشّهرين والثّلاثة فيمضي الأجل، ولم يحضر شيئًا

ويذكر غيبة شهوده وتفرّقهم أيضرب له أجلٌ آخر أو يقضي عليه؟ قال أمّا الرّجل المأمون الّذي لا يتّهم على المدّعي بباطلٍ، ولا يتقوّله فيزيده في الآجال وأمّا الملدّ الّذي يرى أنّه يريد الإضرار بخصمه فلا يمكّن من ذلك إلاّ أن يذكر أمرًا يتقارب شأنه لم يختبر كذبه في مثله.

وبيع ملكٍ لقضاء دين قد أجّلوا فيه إلى شهرين

وحلّ عقد شهرِ التّأجيل فيه وذا عندهم المقبول

يعني أنّ من له أصلٌ دارٌ أو غيرها وعليه دينٌ وليس له قضاءٌ لدينه إلاّ من قيمة ذلك الأصل فإنّه يؤجّل الشّهر والشّهرين لبيع أصله؛ لقضاء دينه لأنّه لا يتأتّى في الغالب المعتاد بيعه في أقلّ من ذلك؛ لافتقاره إلى التّسويف ومعرفة من له رغبةٌ في شرائه بتعريضه للبيع. والشّهران في ذلك مظنّة بلوغ الإخبار عن بيعه لمن يريد شراءه، وكذا أجّلوا في حلّ العقود الشّهر ونحوه، وحلّ العقود يكون بأشياء: إمّا بظهور تناقضٍ على السّواء في الاسترعاء، أو بظهور تناقضٍ في المشهد ومن في حكمه في الأصل كاختلاف قولٍ واضطراب مقالٍ، أو بمضادّة قوله لنصّ ما شهد له به وإمّا بتجريح شهودهما، وإمّا بثبوت استرعاء، أو إقرار على صفة بعداوةٍ بين الشّهود وبين المحكوم عليه في غير ذات اللّه، وإمّا بثبوت استرعاء معروف السّبب فيما انعقد بعوضٍ أو غير معروف السّبب فيما انعقد بالتّبرّع، وإمّا بظهور استحالة في متون الرّسم كذا قال الشّارح في أوّل باب الشّهادة. قال في أحكام ابن سهلٍ: من ثبتَ عليه دينٌ ولم يكن من أهل النّاضّ فإنّه يؤجّل في بيع ربعه الشّهر أو أكثر إلى الشّهرين فهذا ما عندنا قاله ابن لبابة وابن الوليد وقال أبو القاسم الجزيريّ وفي الإعذار في البيّنات وحلّ العقود ثلاثين يومًا انتهى.

وتجمع الآجال والتّفصيل في وقتنا هذا هو المعمول

يعني أنّه يجوز للقاضي أن يجمّع الآجال ويعيّن لها أجلاً معلومًا، ويجوز له أن يفصلها شيئًا بعد شيءٍ كما تقدّم في قوله: وفي سوى أصلٍ له ثمانيه... إلخ وكذا ما بعده، وفي كلا الوجهين سعةٌ والعمل اليوم على تفصيلها، ووجهه رجاء تمام القضيّة في أثناء الأجل الأول فلا يفتقر إلى الأجل الثّاني وهكذا قال ابن فتّوحٍ: بتفريق الآجال جرى العمل وعليه بنيت السّجلات.

فصلٌ في الإعذار

الإعذار مصدر أعذر إعذارًا إذا بالغ في طلب العذر.

وقبل حكمٍ يثبت الإعذار بشاهدي عدلٍ وذا المختار

فصل في الإعذار

قوله: **(وبه العمل)** هذا الذي قال فيه ابن عبد السلام هو المشهور، وهل يكون الحكم كالعدم

يعني أنّ من توجّه عليه الحكم من المتداعيين فإنّه يجب الإعذار إليه قبل الحكم عليه، وذلك بأن يقال له أبقيت لك حجة فإن قال لا حكم عليه، وإن ذكر أنّ له بيّنةً أجّله إليها وإن ذكر أنّ له بيّنةً بعيدةً حكم عليه وكتب في كتاب ومتى أحضرها فهو على حجّته وإن عجز ولم يدّع شيئًا حكم عليه، والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿وما كنّا معذّبين حتّى نبعث رسولاً﴾ [الإسراء:١٥]. ويثبت ذلك الإعذار بشاهدي عدل هذا هو المختار عند الفقهاء (وبه العمل) فقوله وذا المختار يحتمل أن تعود الإشارة إلى كون الإعذار قبل الحكم، ومقابله أنّه بعده وهما قولان كما يأتي ويحتمل أن تعود إلى قوله بشاهدي عدل ويكون مقابله أنّه يكفي الإعذار بشاهد واحد. قال المتيطيّ: ينبغي للقاضي أن لا ينفّذ حكمه على أحد حتّى يعذر إليه برجلين وإن أعذر بواحد أجزأه، واستدلّ قائل هذا بقوله ﷺ «اغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[١٣] وتؤخذ صحّة الاكتفاء بواحد من قول الشّيخ خليل وندب متعدّد فيه حيث جعل التّعدّد مستحبًا لا واجبًا، وعلى الاحتمال الأوّل اقتصر الشّارح. ابن عرفة: الإعذار سؤال الحاكم من توجّه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه؟ قال ابن فتحون وغيره: لا ينبغي للقاضي تنفيذ حكم على أحد حتّى يعذر إليه، والأصل فيه عند الفقهاء قوله تعالى: ﴿وما كنّا معذّبين﴾ [الإسراء:١٥] الآية وفي مفيد ابن هشام: وقد اختلف في الإعذار إلى المحكوم عليه فقيل يعذر إليه وحينئذ يحكم عليه وبه العمل، وقيل: يحكم عليه وبعد ذلك يعذر إليه وعلى تقديم الإعذار قبل الحكم ذهب النّاظم. فرع: إذا حكم القاضي على من توجّه عليه الحكم من غير إعذار، ثمّ وجد المحكوم عليه حجةً (فله القيام بها) وكذا إن أعذر إليه ولم يعجزه، نقله اليّرتاسني في شرحه وقد استطرد الشّارح هنا ذكر الخلاف في قضاء القاضي بما فهم من كلام المتداعيين، وأنّه اختلف هل يجتزيء بمجرّد فهمه أو لا من تحقيق ما يسمع منهما دون احتمال؟ وكذا نقل الخلاف في الشّهادة بالفهم قال ابن رشد في إعمال الشّهادة بما يظهر من قصد المشهود عليه وإرادته ثالثها، ويثبت الشّاهد شهادته بذلك ا هـ. أي يبيّن أنّ شهادته بالفهم لا

إن لم يتقدمه الإعذار الراجح أنه كالعدم، فالمشهور والذي به العمل أن الإعذار قبل الحكم وإن لم يسبق الحكم مع ذلك فالراجح بطلانه، هذا حاصل ما نقلناه في شرحنا على قول المتن: واعذر بأبقيت لك حجة، وعلى هذا فقول الناظم: وذا المختار يحتمل رجوعه للأمرين قبله كون الإعذار قبل الحكم، وكون الإعذار بعدلين إذ الخلاف في الأمرين معًا، والراجح فيهما أن الإعذار قبل والعدل الواحد كاف، ولكن الذي وجدنا فيه ذكر الاختيار إنما هو في الأمر الثاني وهو المتبادر، فيرجح أن قول الناظم وذا المختار راجع للأمر الثاني، والمذهب كما بينا ذلك في الشرح عند قول المتن وندب توجيه متعدد فيه أن الواحد كاف، ولكن ما اختير هو المناسب لزماننا لقلة العدالة وكثرة الجهالة. قوله: (فله القيام بها) هذا فيه إجمال وصوابه أن يقول بعدما ذكره إلاّ إن كان لذلك وجه كنسيان بينة ونحو ذلك، وهذا في المقرب مبين غاية في شرح ابن الناظم، وهذا من هذا الشارح عجب مع كونه تبع ابن الناظم في جل كلامه، وهذا الفرق بين الإعذار والتعجيز

---

(١٣) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٣١٤، ٢٣١٥، ٢٦٤٩، ٢٦٩٦، ٢٧٢٥، ٦٦٣٤، ٦٨٢٨، ٦٨٣١، ٦٨٣٦، ٦٨٣٦، ٦٨٤٣، ٦٨٦٠)، ومسلم (١٦٩٧)، وأبو داود (٤٤٤٥)، والترمذي (١٤٣٣)، والنسائي (٥٤٢٥، ٥٤٢٦)، وابن ماجه (٢٥٤٩)، وأحمد في المسند (١١٥/٤، ١١٦)، والدارمي (٢٣١٧)، والحميدي (٨١١)، وعبد الرزاق (١٣٣٠٩، ١٣٣١٠)، وابن حبان في صحيحه (٤٤٣٧)، والطبراني في الكبير (٥١٨٨، ٥١٨٩، ٥١٩٢، ٥١٩٥، ٥١٩٦)، والبيهقي في السنن (٢١٩/٨، ٢٢٢).

بالتّـصريح، ثمّ قـال الشّارح ما حـاصله أنّه لا يبـعد أن يفرّق بـين الحكم والشّهـادة، فإنّ الضّرورة تدعو إلى الشّهادة بالفهم لا سيّما الشّهادة الاسترعائية، والحكم ليس كذلك، إذ لا ضرورة تدعو إلى إنفاذ الحكم دون تحقيق الفهم على الخصمين قال: والشّهادة الأصليّة مثله، وانظر الباب من تبصرة ابن فرحون.

وشـاهد الإعـذار غـير مـعمل ... في شـأنـه الإعـذار للتّـسلسل
ولا الّذي وجّـهـه القـاضي إلى ... مـا كـان كـالتّـحليف منه بدلا
ولا الّذي بين يـديه قـد شـهـد ... ولا اللّفيف في القـسامـة اعتـمد
ولا الكثـير فـيـهم العـدول ... والخلف في جـمـيعـهـا منقـول

عدّد في هذه الأبيات من الشّهود الّذين لا يعذر فيهم أي لا يجرّحون خمسةٌ. (الأوّل الشّاهد على المحكوم بالإعذار أي بأنّه لم تبق له حجّةٌ فـإذا أشهد عليه بذلك ثمّ أتى بحجّة تقبل لو لـم يعذر إليه، وأنكر الإعـذار فاستظهر المحكوم له بشهـادة شاهد الإعـذار فأراد المحكوم عليه الإعذار في الشّاهد بتجريحه، فإنّه لا يمكّن من ذلك؛ لأنّ الحكم متوقّفٌ على الإعذار فإذا أمكن من تجريح شاهد الإعذار وجرّحـه بطل وصار كالعدم وتعذّر الحكم عليه لتـوقّفـه على الإعذار، والفـرض أنّ تجريح شـاهده فيـتعـذّر الحكم عليه أبداً وهـذا مراده بالتّسلسل واللّه أعلم. فالإعذار الأوّل في البـيت هو المصطلح عليه وهو قطع الحجّة، وهو أعمّ من أن يكون بتجريح الشّهـود أو حجّة غيره فيقال لمن توجّـه عليه الحكم: شهد عليك فلانٌ وفـلانٌ بقيت لك حجّةٌ أي من تجـريحهما أو مـعارضة شـهادتهما بما يبطلهـا أو نحو ذلك، والإعـذار الثّـاني المراد به التّـجريح لا غـيـره، واعلم أنّ هذا الإعـذار هو من حقّ القاضي فإذا كان المحكوم عليه حاضراً بين يدي القاضي وقت الإعذار لم يجرّح شاهده لأنّ الشّاهد بما في مجلس القاضي لا يجرّح كما يقوله النّاظم: ولا الّذي بين يديه قد شهد وإن لم يكن حاضراً لكونه مريضًـا أو امرأةً لا تخرج فوجّه إليه القاضي من يعـذر إليه فلا يعذر أيضًا فـي الشّاهد الموجّـه لذلك كمـا يقوله أيضًـا، ولا الّذي وجّهـه القاضي إلى مـا كان كالتّحليف منه بدلا فمسألة النّاظم المشار إليـها بقوله: وشاهد الإعذار البيت آيلةٌ إلى إحدى هاتين المذكورتين بعدها، وقد عادت المسائل الخـمس أربعًا، وإنّما ذكرها بالخصوص؛ لإرادة التّنصيص على أعيان المسائل، وإلى هذه المسألة أشـار بالبيت الأوّل. وغير معملٍ بضمّ أوّله وفتح ثالثه اسم مفعولٍ من أعمل، وفي شـأنه يتعلّق به والإعذار نائب فاعل معملٍ. الثّاني

الذي يقع بعده، فإن التعجيز المذكور لا يقام بعده مطلقًا بخلاف الإعذار، وإنما يقام بعـد التعجيز الموصوف في أمور مذكورة في المختصر وغيره وقد بيّنا هذا في شرحنا غاية، وإن كانت المسألة فيها خلاف، ووقع لبعض تخليط حـتى جعل الإعذار كالتعجـيز والتعجيز كـالإعذار، ولذلك قال في المختصر: وإن نفاهـا واستحلفه فلا بينة إلاّ لعذر إلى آخر تلك المسائل، وقـال أيضًا: ويعجزه إلاّ في دم إلخ انظر الأنقال في المحلين المذكورين إن شئت وخفت من الخطأ. **تكميل:** قال أبو الحسن على المدونة في كتاب الجنايات مشبهًا بشيء مـا نصّه: الشاهد يشهد بحق لرجل لا يحلف المشهود له حتى يعذر للخصم في الشاهد لئلا تذهب يمـينه باطلاً هذا هو الصحيح، وبذلك وقعت الفتوى

من الشّهود الّذين لا يعذر فيهم من وجّهه القاضي نيابةً عنه لتحليف أو حيازة ونحوها. (الثّالث الشّاهد بما أقرّ به الخصم بين يدي القاضي). قال في طرر ابنّ عات: قال الباجيّ إنّما يعذر في الّذين حضروا الحيازة إذا لم يوجّههم القاضي لحضور الحيازة وإنّما توجّهوا برغبة الطّالب في ذلك، وأمّا إذا أرسلهم القاضي فلا يباح المدفع فيهم؛ لأنّهم مقام نفسه في ذلك، والحجّة في ذلك قول سيّدنا ومولانا محمّدٌ ﷺ: «اغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»(١٤) فجعله مقام نفسه في ذلك ولما ذكر ابن عرفة أنّ الحكم لا يكون إلاّ بعد الإعذار قال: ظاهره ولو فيما شهد به على الخصم في مجلس الحكم ولابن رشد يحكم عليه بتلك البيّنة دون إعذار قاله ابن العطّار وفيه اختلافٌ. الرّابع إذا شهد اللّفيفّ وهم جماعةٌ غير عدول والنّساء والصّبيان على أنّ فلانًا قتل فلانًا فقد اختلف هل ذلك لوثٌ تجب معه القسامة أو ليّس بلوث؟ والمشهور ليس بلوث وعلى كونه لوثًا أشار إليه بقوله ولا اللّفيف في القسامة اعتمد فلا يقدح في شهادتهم عدمّ العدالة ولا يجرّحون؛ لأنّ من قبل شهادتهم وعدّها لوثًا إنّما دخل على أنّهم غير عدول فكيف يجرّح من دخل على عدم عدالته وتجريحه؟ وستأتي هذه المسألة للنّاظم في أحكام الدّماء في أمثلة اللّوث الموجب للقسامة حيث قال: أو بكثير من لفيف الشّهدا. . . إلخ. الخامس شهادة الجماعة الّذين منهم عدولٌ أو غيرهم فلا يجرّحون أيضًا ولا يعذر فيهم للمشهود عليه. قال ابن عرفة: وذكر ابن سهل في مسألة أبي الخير الزّنديق الملقّب لزندقته بأبي الشّرّ أنّه شهد عليه بأنواع كثيرة من الزّندقة الواضحة عددٌ كثيرٌ ثبتت عدالة نحو عشرين منهم، وأكثر من ضعفهم استظهارًا فأفتى قاضي الجماعة منذر بن سعيد وإسحاق بن إبراهيم وصاحب صلاة الجماعة أحمد بن مطرّف بقتله دون إعذار، وأشار بعض من حضر من أهل العلم بأن يعذر إليه فأخذ النّاظر في أمره بالقول بعدم الإعذار اهـ. من الشّارح. وفي التّوضيح: لما ذكر أنّه يعذر للمشهود عليه في شهادته من شهد عليه ما نصّه: أمّا لو شهدوا على إقراره بمحضر القاضي فهل يعذر إليه فيهم أو لا يعذر لكونه سمع إقراره معهم؟ قولان: الأوّل: لابن الفخّار، والثّاني: مذهب الأكثر وبه مضى العمل. قال صاحب التّحرير: يعذر في كلّ الشّهود إلاّ خمسةً: أوّلها: هذا. ثانيها: من وجّهه الحاكم من قبل نفسه، ثالثها: المزكّي في السّرّ رابعها: المبرز في العدالة والعمل على أنّه يعذر فيه بالعداوة لا غير، خامسها: من قبل شهادته بالتّوسّم خليلٌ: وتزداد سادسةٌ نقلت عن ابن بشير القاضي، وذلك أنّه حكم على وزير في قضية وهو غائبٌ فقال له الوزير: أخبرني بمن شهد عليّ، فقال ابن بشير: مثلك لا يخبر بمن شهد عليه، يعني: وإن كان نصّ في المدوّنة أنّه يخبر بمن شهد عليه وبالشّهادة فلعلّ له حجّةً وإلاّ حكم عليه اهـ. وليس في كلام النّاظم من هذه السّتّ إلاّ الأولى والثّانية، فمجموعها إذًا تسع مسائل خمسةٌ في النّظم وأربعةٌ في التّوضيح، وهي الثّالثة وما بعدها وانظر تزكية السّرّ في قوله: وشاهدٌ تعديله باثنين البيتين ومعنى المسألة (الخامسة وهي الشّهادة بالتّوسّم) هي شهادة أهل القافلة بعضهم لبعضٍ عند حاكم القرية أو البلدة الّتي

بسؤال أتى من سبتة اهـ. وبه تعرف ما في شروح التحفة. قوله: **(الثالث الشاهد بما أقرّ به الخصم بين يدي القاضي)** أي وسمعه كما بيناه في الشرح ويدل له التعليل المذكور هنا وهو قولهم لعلم القاضي بما شهد به الشاهد. قوله: **(الخامسة وهي الشهادة بالتوسم إلخ)** هذه لم يذكرها في المختصر هنا وتكلمنا عليها عند قول المتن لا المجلوبين إلاّ كعشرين إلخ في كتاب الشهادات،

---

(١٤) [حديث صحيح]: تقدم فيما قبله.

حلّوا أو مرّوا بها، فإنّ مالـكًا وجميع أصحابه أجازوا شهادة من شهـد منهم لبعضهم على بعض وإن لم يعرفوا بعـدالة ولا سخطة إلاّ على التّوسّم لهم بالحرّيّة والعدالة، وذلك فـيما وقع بينهم من المعاملات في ذلك السّفر خاصّـةً، والتّوسّم مأخوذٌ من الوسم وهو العلامة. وعنه ﷺ: «إنّ للّه عـبادًا يعـرفون النّاس بالتّـوسّم»[١٥] انظر الباب السّـادس والثّلاثين في القضاء بشهادة التّوسّم من القسم الثّاني من تبصرة ابن فرحونٍ وستأتي هذه في قول النّاظم:

ومن عليـه وسـم خـيرٍ قـد ظهـر زكّي إلاّ في ضـــرورة السّـــفـر

فصلٌ في خطاب القضاة وما يتصل به

الخطاب هو أن يكتب قاضيَ بلدٍ إلى قاضي بلدٍ آخر بما ثبت عنده من حقّ الإنسان من

والراجح باعتبار ما يظهر من كلامهم ألا بدّ مـن شرط العدالة، ولا يكفي التوسم فيما ذكر إلاّ إذا كثر من شهد بحيث يفيد كلامه القطع فانظره إن شئت السلامة من الحكم بغير الراجح، وقد بسط المسألة صاحب المنتخب غاية ونقلنا ذلك في الشرح، وحاصله أن سحنون في المدونة سمع من ابن القاسم عـدم الاكتـفاء إلاّ بالتعـديل، وابن حبيـب نسب للأخوين الاكتـفاء بالتـوسم على وجوه مخـصوصـة، ونسب المتيطي عـدم الاكتفـاء لابن القاسم وأشـهب والمقابل للأخويـن عن مالك وأصحابه، وقال ابن ناجي في كـتاب اللقطة على قولها وإذا شهد قوم غـرباء لا يعرفون لم يقبلوا إلخ ما نصّه: ظاهرها ولو في الشيء اليسير وظاهرها أنه لا يعمل على التوسّم وهو كذلك، وقيل يعمل على من ظاهره العـدالة بالتوسّم فيما يقع في الأمـوال إلخ، وأصل ذلك لأبي إبراهيم فإنه قال على كلامها هذا ما نصّه ظاهره، وإن كانت الشهادة فيما بينهم، وظاهره كانت في الأموال أو في الجراح. وقال ابن شعبان: إذا قدمت الرفقة فشهد بعضهم لبعض في الإجارات جازت الشهادة إذا توسمت فيهم العدالة إلخ. فتبين أن الراجح هو مذهبـهما وهو عدم الاكتفاء بالتوسّم، وما في المنتخب عن المدونة هو صـريحها لا ظاهرها، مع أن القـول بالاكتفاء بـالتوسّم فيه تفـصيل يطول جلبه، وقد قال في التحفة:

ومن عليـه وسـم خـيـر قـد ظهـر زُكّي إلاّ في ضـــرورة الســـفـر

ونقل عليه شارحها كلام ابن حبـيب فتأمله فإنه مرّ على خلاف الراجح، ولم نقف على من قال العـمل على ما في التحفـة ممّن يعتبـر قوله، والباجي ذكر المـسألة ويظهر منه قبـول قول ابن حبيب، وكذا صاحب المعـيار في نوازل الأقضية فإنه نقل ما نصّه: تجوز شـهادة الأسارى بعضهم لبعض على التوسّم للضرورة إلخ. انظر هذا كله في الشرح مع زيادات كثـيرة وتفصيل طويل فيما أجازه ابن حبيب ولا يكفي عنه كلام هذا الشارح.

فصل في خطاب القضاة وما يتصل به

قوله: **(وقد نقل الشيخ ابن غازي إلخ)**، هذا لا يمكننا فيه اختصار بل كـتبنا في الشرح ما فيه

---

(١٥) [حديث حسن]: أخـرجه الطبراني في الأوسط (٣٠٨٦)، وذكره الهيثـمي في المجمع (١٠/٢٦٨)، وقال: رواه البزار والطبراني في الأوسط وإسناده حسن، وحسنه الشيخ الألباني في الصحيحة (١٦٩٣).

بلد القاضي الكاتب على آخر في بلد القاضي المكتوب إليه وينفّذ المكتوب إليه ذلك في بلده، فيقع الحكم هنالك عملاً بقوله: «قبل» والحكم في المشهور البيت.

ثمّ الخطاب للرّسوم إن طلب ... حتمٌ على القاضي وإلاّ لم يجب

يعني أنّ خطاب القاضي للرّسوم إن طلبه منه صاحبها فهو واجبٌ عليه وإن لم يطلبه منه لم يجب عليه ذلك، والرّسوم جمع رسم، والمراد بها الصكوك وكأن اللام في «للرّسوم» بمعنى في على حدّ ﴿ونضع الموازين القسط ليوم القيامة﴾ [الأنبياء:٤٧] أي في يوم القيامة أي ثمّ خطاب القاضي لقاضٍ آخر في الرّسوم فهو متعلّقٌ بمحذوف صفة للرّسوم، وإنّما قال في الرّسوم لأنّ الخطابَ يكون بالرّسم ويكون بمشافهة القاضي للقاضيَ كما أشار إليه خليلٌ بقوله: وأنهى لغيره بمشافهة إن كان كلٌّ بولايته وبشاهدين مطلقًا... إلخ وكلاهما واجبٌ على القاضي إن طلبه منهً والله أعلم. قال الشّارح: قال المازريّ: ويكتب الحاكم إن حكم بما حكم به ويكلّ حجّة له من تعديلٍ وتجريحٍ وموجب حكمه؛ ليكون له حجّةً على المحكوم عليه إن نازعه ويكتب بما حكم به لحاضرٍ على غائب أبهم المكتوب إليه أو عيّنه في سماع عيسى عن ابن القاسم: من ثبت حقّه عند قاضٍ فله أن يكتب له بذلك كتابًا إلى أيّ الآفاق كان لا يسمّي قاضيًا بعينه ولا بلدًا بعينها. قال ابن رشد: هو كما قال اتّفاقًا. قال الشّارح: وما يلحق بذلك النّظر في الخطاب وفي محلّه من الرّسم المخاطب به وفي كيفيّته. قال ابن المناصف: وشأن قضاة وقتنا كتب الخطاب أسفل وثيقة ذكر الحقّ، وقد يكون في ظهر الصّحيفة أو أحد عرضيها إن عجز أسفلها، وربّما كان في ورقة ملصقة بالوثيقة إن تعذّر الموضع، ويستحبّ أن يبدأ ببسم الله الرّحمن الرّحيم واستخفّ قضاة زمانا ترك ذلك في مخاطبات الوثائق وأراهم لاكتفائهم بالاستفتاح الواقع في صدر العقد، وإعادة ذلك أولى لأنّه ابتداء فصلٍ غير الأوّل وكيفيّته أن يكتب أعلم بصحّة الرّسم المقيّد فوق هذا على ما يجب الشّيخ الفقيه الأجلّ أبا فلان بن فلان أدام الله توفيقه وتسديده، وليّه في الله تعالى فلان بن فلان والسّلام عليكم. وذكره تاريخَ المخاطبة أحسن وأحوط لاحتمال عزل القاضي الكاتب، ولم يبلغه العلم بعزله فيدخله الخلاف في إعمال خطابه وعدم إعماله؛ ولأنّ البيّنة الّتي خاطب بقبولها وثبوت الحقّ بها ربّما انتقلت حالهم إلى جرحة حدثت، فإذا تأخّر العمل بذلك الخطاب ثمّ أعذر لمن ثبت عليه الحقّ، ولم يكن تاريخٌ أمكنه إبطاله بإثبات جرحة البيّنة الآن، ولا يمكنه ذلك مع ذكر التّاريخ لسلامة وقت الأداء والقبول من الجرحة الحادثة وإنّما قدّموا في التّخاطب مفعول أعلم وهو اسم المكتوب إليه على الفاعل الكاتب تعظيمًا له واهتمامًا به ا هـ. ببعضٍ اختصار وبعضه بالمعنى. (وقد نقل الشّيخ ابن غازيّ) في تكميل التّقييد كلام ابن المناصف المنقولَ آنفًا في

الشفاء إن شاء الله تعالى وذكرنا حكاية السطي وما وقع في ذلك، ولكن مرادنا هو الإنهاء يصحّ مطلقًا مات الكاتب أو عزل قبل الوصول، أو مات المكتوب إليه أو عزل وتولى غيره، وهذا هو الذي أدركنا أشياخنا عليه، وما ذكره ابن عرفة في مسألة السطي لم يظهر لنا هو المذهب وإن رجع

شرح قول المدوّنة في كتاب القضاء وإذا كتب قاضٍ إلى قاضٍ فمات الّذي كتب الكتاب أو عزل قبل أن يصل الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه أو مات المكتوب إليه أو عزل ووصل الكتاب إلى من ولّي بعده فالكتاب جائزٌ ينفّذه من وصل إليه وإن كان إنّما كتب لغيره ا هـ. ثمّ استطرد ذكر فروعٍ رأيت إثباتها هنا لغرابتها بالنّسبة للقاصر مثلي.

(أحدها بم يثبت خطّ القاضي) الكاتب قال فيه ما حاصله: إنّه اتّفق أهل عصرنا على

لكلام ابن المناصف لأن دليل ابن المناصف لم يظهر وصاحب التحفة مرّ على أنه إن مات المخاطب أو عزل ففي بطلان الإنهاء قولان ما لم يسجل الحكم فيمضي الإنهاء بلا خلاف، وإن مات المكتوب إليه أو عزل تمّ الإنهاء من جاء في محله وهذا مضمون قوله: وإن يمت مخاطب إلخ الأبيات الثلاثة. والذي تظهر صحته هو المضي مطلقًا وهو الذي يظهر من كلام ابن رشد وغيره، ولكن لابدّ من النظر عند قول المتن: وأنهى لغيره إلخ.

قوله: **(أحدها بما يثبت خط القاضي إلخ)** قال القاضي المكناسي: جرى اصطلاح من أدركنا من القضاة يعملون على خطوط كل من يعرفون خطّه من القضاة ومن لم يعرف ذلك اكتفوا فيه بشاهد واحد إلخ، ولعل الاكتفاء بشاهد واحد إن الغالب على المخاطب بالفتح أن يعرف خط المخاطب الكسر فصار الشاهد يشهد بما يعلم القاضي صحته غالبًا فسومح في ذلك لأجل هذا، ألا ترى إن من شهد بين يدي القاضي لا يعذر فيه لمشاركة القاضي للشاهد في علم ما شهد به كما تقدم، ولكن كلام الكثير من الموثقين على أن التعريف لخطاب القاضي إنما يكون بعدلين، ولكن قف على الشرح عند قول المتن أو بأنه حكم له به في الشهادة وهذا هو المناسب لزماننا عند من أنصف، وكان شيخنا العالم الأطهر والقاضي الأشهر سيدي علي المراكشي إذا أتاه من يعرف بخط يقول له اكتب بيدك في رسمه إن هذا خط فلان وضع علامتك على ذلك، ووالله لقد نصح المسلمين في هذا غاية وذلك أن الشاهد ربما لقلة دينه وحرصه على الإجارة يقول هذا خط فلان وإن لم يتيقنه، فإذا ظهر أنه غير خطه أنكر أن يكون هو المعرف به، والقاضي قد ينسى من عرف وربما عزل أو مات، وإن لم ينس ولم يمت ولم يعزل أنكره المعرف فيتحير القاضي، وربما نسب لما لا ينبغي ولا يتأتى شيء من هذا إن كتب ما ذكر بخطه، وقد فعلنا هذا حين ولايتنا فانزجر العدول فخافوا وعادوا يحتاطون في التعريف غاية، وكان شيخنا العلامة قاضي مكناسة الزيتون سيدي أبو مدين ربما قال شهد على خطه فلان، وهذا وإن كان فيه بعض احتياط لكن المعرف يتأتى له الإنكار مع هذا، وربما ينسب القاضي للخطأ لا سيما إن عزل أو مات، فالاحتياط التام هو الكتب فافهم هذه الفائدة إن أردت السلامة والسلام. وما ذكره ابن المناصف من اكتفاء القاضي بمعرفة خط المخاطب بالكسر ففي نوازل الأقضية من المعيار عن أبي زيد لا يعتمد القاضي على معرفته بخط من خاطبه إلاّ أن يشهد عدول عليه أن يأتيه ذلك الخط مرارًا في غير شيء واحد لا يختلف الخط عليه فليقبله. ونقل عن محمد بن عياض أن عبد المنعم حين كان قاضيًا بالمرية خاطب ابن عمّه عبد الله بن علي وهو قاض بتلمسان يقول له: إنك تعرف خطي وتعرف خطك ولا معنى للناقلين عندي مع هذا، وكان عبد المنعم بمكان من العلم والنبل. وهنا ذكر عن أبي الحسن اعتماد القاضي على معرفته بالخط هو من باب الحكم بعلمه إلخ. والاحتياط في هذه الأزمان لابدّ من تعريف عدلين للخطاب مع الثاني والنظر للقرائن الدالة على الصدق في التعريف

قبول كتاب القاضي في الأحكام والحقوق بمجرّد معرفة خطّه دون إشهاده على ذلك ولا خاتمٍ معروفٍ ولا أعلم خلافًا في مذهب مالك أنّ كتاب القاضي لا يجوز بمجرّد معرفة خطّه دون إشهاده على ذلك ولا خاتم، ثمّ وجّه ما جرى به العمل. الثّاني: قال ابن المناصف إن ثبت خطّ القاضي ببيّنة عادلة عارفة بالخطوط وجب العمل به، وإن لم تقم بيّنةٌ على ذلك والقاضي المكتوب إليه يعرف خطّ القاضي الكاتب إليه فجائزٌ عندي بمعرفة قبوله خطّه وقبول سحنون كتب أمنائه بلا بيّنة يدلّ على ذلك وليس ذلك من باب قضاء القاضي بعلمه الّذي لا يجوز القضاء به لأنّ ورود كتاب القاضي عليه بذلك الحقّ كقيام بيّنة عنده بذلك، فقبوله الكتاب بما عرفه من خطّه كقبوله بيّنة بما عرف من عدالتها. الثّالث: قال ابن المناصف ويجب على القاضي الّذي ثبت عنده كتابُ قاضٍ إليه في حقٍّ يتأخّر الحكم فيه أن يشهد على نفسه بثبوت ذلك الكتاب عنده الّذي قبله بمعرفة خطّه؛ لأنّه إذا لم يفعل ذلك فمات أو عزل وقد مات الّذي كتبه له أو عزل وخلف مكان المكتوب إليه قاضٍ آخر ألجأ صاحب الحقّ؛ لإثبات ذلك الكتاب عنده بشهود على القاضي الّذي كتبه في حال ولايته أنّه كتابه إذ لا يكتفي في ذلك بمعرفة الخطّ إن كان الّذي كتبه مات أو عزل لما نبيّنه، وهو أنّ ثبوت كتابه بمجرّد الشّهادة على خطّه كمشافهته بسماع نطقه ذلك وسماع ذلك منه وإنّما يعتبر في ولايته وأمّا بعد عزله فلا انظر تمام كلامه إن شئت. الرّابع: قال ابن المناصف وتجوز مخاطبة قضاة الإمام بعضهم لبعض، ولو ولّى بعض قضاة الإمام قضاةً في عمله لبعد المحلّ عنه صحّ مخاطبته إيّاهم ومخاطبة بعضهم بعضًا إن أذن لهم في ذلك، وإن قصرهم على مخاطبته لم تجز مخاطبة بعضهم بعضًا؛ لأنّهم وكلاؤه فلا يتعدّوا ما حدّه لهم ولا ينبغي أن يخاطبهم قاضي إقليمٍ غير الّذي ولّاهم، ولا يخاطبوه إلاّ أن يكون ذلك بإذن الّذي ولّاهم، وإن كان تقديم القاضي قضاته بإذن الإمام الّذي ولّاه جازت مخاطبتهم مطلقًا فيما بينهم وبين غيرهم. الخامس: قال ابن المناصف وشأن قضاة وقتنا كتب الخطاب في أسفل وثيقة ذكر الحقّ إلى آخر كلامه الّذي نقلناه عن الشّارح أوّل شرح هذا البيت فراجعه. السّادس: قال ابن عرفة الّذي استقرّ عليه عمل القضاة بإفريقيّة عدم تسمية القاضي المكتوب إليه، وغالب أمرهم أنّه إن كان الّذي كتب الإعلام هو قاضي الجماعة بتونس فإنّه لا يكتب في آخر خطابه: والسّلام على من يقف عليه ورحمة الله وبركاته، وإن كان

هذا الذي يدان به الله تعالى حيث لم يعرف القاضي الخط، وإلاّ فالواحد كاف إذا علم القاضي بتنزل منزلة عدل آخر وأكثر لا سيما على من يقول: تكفي معرفة القاضي لخط المخاطب فافهم. ولعل ما عند فارس من الاكتفاء بالواحد في تعريف خطوط القضاة هو مبني وناظر لكفاية الشاهد الواحد في خط شاهد أقرّ على نفسه بخطه أو خط شاهد مات أو غاب، ولكن ذاك مع اليمين كما تراه فيما يأتي. وأما الشهادة على خط المقر أو الشاهد فيأتي عند قول الناظم: وخط عدل مات أو غاب اكتفى إلخ.

الكاتب غيره كتب في إعلامه لفظ السّلام... إلخ، وذكر لي بعض من يوثق به أنّه ورد خطابٌ من قاضي بجاية إلى تونس والقاضي بها يومئذ أبو إسحاق بن عبد الرّفيع ولم يكن فيه لفظ السّلام فتوقّف في قبوله. قال ابن المناصفُ: وإن شاء جعل فعل الإعلام حالاً وكتب أعلم بضمّ الهمزة وكسر اللام ورفع آخر الفعل، ثمّ يقولون بعد ذكر اسم المكتوب إليه وكتب فلان بن فلان، وإن شاء كتب أسفل العقد المقيّد فوق هذا أو صحّ بالرّسم أو ثبت الحقّ وما أشبه ذلك ممّا يدلّ على هذا المعنى. السّابع: إن اشتملت الصّحيفة على عقود كثيرة صحّ جميعها عنده، نصّ على ذلك في خطاب واحد فيقول: أعلمت الشّيخ الفقيهَ القاضي أبا فلان بصحّة الرّسوم الثّلاثة أو الأربعة المقيّدة أو الرّسمين المقيّدين فوق كتابي هذا أو بمقلوبه، وإن صحّ بعضها دون جميعها نصّ على ما صحّ منه إمّا بأن يقول المقيّد أوّل هذا الصّفح الموالي لكتابي هذا أو يعيّنه تعيينًا يدفع الإشكال فيذكر الحقّ بعينه. الثّامن: إن لم يكن في العقد المخاطب عليه إلاّ شاهدٌ واحدٌ وكان فيه شهودٌ لم يقبل منهم إلاّ شاهدًا واحدًا خاطب فيه من غير أن يذكر صحّ في الرّسم، ولا استقلّ ولا ثبت بل يقول: أعلم الشّيخ الفقيه أبا فلان بقبول شهادة فلان بن فلان المسمّى عقب ذكر الحقّ المقيّد فوق هذا فيما شهد به من ذلكَ على ما يجب وشبه هذه العبارة، وهذا إنّما هو في الحقوق الماليّة فيحلف صاحبها مع الشّاهد ويستحقّ حقّه وأمّا الوكالات والحدود وما يثبت بشاهد ويمين فليس للمخاطبة فيه على الشّاهد الواحد وجهٌ إلاّ إن رجي أن يضاف إليه في غير ذلكَ الموضع شاهدٌ آخر، فإن أحلفه القاضي الكاتب وثبتت يمينه عنده بشاهدي عدل كما يجب قال: أعلم الشّيخ الفقيه القاضي أبا فلان بصحّة الرّسم المقيّد فوق هذا بشهادة فلان بن فلان، ويمين صاحب الحقّ المشهود له فلانَ على صحّة ما شهد له به من ذلك وثبوته عندي كماً يجب بعد سؤاله الإذن منّي في اليمينَ المذكورة، ورأيت إباحة ذلك كلّه وكتب فلان بن فلان. التّاسع: إن كان الخطاب بقبوله خطابًا وصل إليه كتب: أعلم الشّيخ أبا فلان بقبوله الخطّاب الثّابت عندي المرتسم فوق هذا أو يمنته أو يسرته أو مقلوبه. العاشر: إذا لمّ يكتب القاضي تحت العقد خطابًا يصرّح فيه بالإعلام بصحّة ذلك العقد عنده واقتصر على أن كتب صحّ الرّسم عندي أو استقلّ وكتب فلان بن فلان، فذلك لغوٌ غير جائز قبوله بمجرّد الخطّ ا هـ. وإلى كون ثبت ونحوه ليس بخطاب أشار ابن عاصم بقوله: وليس يغني كتب قاضٍ كاكتفى البيتين. الحادي عشر: ممّا تسامحَ فيه أهل فاس وعملها ولا يعلم له أصل شهادة عدولهم على تسجيل قاضيهم، فإذا وضع القاضي خطّه كتب الشّاهد شهد على إشهاد من ذكر بما فيه عنه، فهذه شهادةٌ على خطّه، وكيف تصحّ الشّهادة على خطّه وقد لا يكون بين مقعده ودكّان من شهد عليه إلاّ قدر خطوة أو أقلّ؟ وممّا يتسامحون فيه أيضًا رسوم إثبات الأصول إذا ثبت الرّسم عند القاضي ووقّع عليه اكتفى فتحاز عنهم، كتب الموثّق الحمد لله حضر عن إذن قاضي الجماعة إلى أن قال: فحاصله أنّ شاهدي الحيازة وهما الشّاهدان على القاضي بأنّه قدّمهما للحيازة وأذن لهما فيها فكيف تصحّ شهادتهما لأنفسهما وقد كان العدل أبو عبد الله بن دشار يحدّث أنّ عادتهم كانت في القديم أنّ الشّهادة في الحيازة تكون بأربعة شهداء اثنان منهم يشهدان على القاضي بصحّة الرّسم وبتوجيه الآخرين للحيازة

والاثنان الآخران يشهدان على الحائزين بالحيازة، ولا إشكال في هذا. قال مقيّد هذا الشّرح - عفا اللّه عنه -: وكان الأصل أن يحتاج إلى ثمانية عدول: اثنان يشهدان بالملكيّة واستمرارها، واثنان يشهدان على القاضي بتقديم اثنين للحيازة واثنان يحوزان أعني اللّذين قدّمهما القاضي للحيازة يقولان هذا الّذي حزناه وتطوّفنا به هو الّذي شهد به فلانٌ وفلانٌ عند قاضي كذا بأنّه لفلان الغائب مثلاً، واثنان يشهدان على الحائزين، بالحيازة، ويكتفي بأربعة: اثنان يشهدان بالملكيّة واستمرارها واثنان يشهدان على القاضي بتقديم شهود الملك للحوز وبأنّهما حازا، ولا يكفي أن يشهد الحائزان بأنّ القاضي قدّمهما للحيازة؛ لأنّها شهادةٌ لأنفسهما، ولا أنّهما حازا لأنّها شهادةٌ على فعل أنفسهما. وإنّما يقع التّداخل بين شهيدي الملك والحيازة فيكون شهيدي الملك هما الحائزين وبين شهيدي تقديم القاضي للحيازة وشهيدي الحوز، فيكون شهيدي التّقديم على الحوز هما شاهدي الحوز. الثّاني عشر: قال في تكميل التّقييد أيضًا وفي النّوادر عن المجموعة إن ثبت عند المكتوب إليه أنّ من كتب إليه مستحقٌ للقضاء في فهمه ومعرفته ودينه وورعه غير مخدوع قبل كتابه. قال ابن سحنون: عنه عن أشهب وإن كان غير عدل لم يقبله. وقال سحنونٌ: يكاتب غير العدل بإنفاذ الأمر ولا يقبل كتابه. قال أشهب: لا يقبل كتاب غير العدل إلاّ ما كان من أمرٍ لا يشكّ في صحّته، وفي النّوادر عن أصبغ: إن جاءه بكتاب قاضٍ لا يعرف عدالته ولا سخطته، فإن كان من قضاة الأمصار الجامعة كمكّة والمدينة والعراق والشّام ومصر والقيروان والأندلس فلينفّذه، وإن لم يعرفه، ومحمل مثل هؤلاء على الصّحّة، وأمّا قضاة الكور الصّغار فلا ينفّذه حتّى يسأل عنه. الثّالث عشر: في رسم العتق من سماع عيسى سئل عن القاضي يكتب إلى قاضٍ في الحقوق والأنساب والمواريث وأشباه ذلك فيكتب: أتاني فلانٌ بشهود عدّلوا عندي وقبلت شهادتهم ولا يسمّيهم في كتابه أيجوز؟ قال: نعم وهذا قضاء القضاة أرأيت إن سمّاهم له أيعرفهم أم تنبغي عدالةٌ أخرى ويسأل عنهم أم يستأنف فيهم حكمًا غير ما حكم به وفرغ منه؟ ليس ذلك كذلك. قال العتبيّ: قد قيل إنّه ينبغي أن يسمّي البيّنة في الحكم على الغائب ليجد سبيلاً إلى دفع شهادتهم عنه وهو عندي بيّنٌ إن شاء اللّه. الرّابع عشر: قال ابن رشد يجب على القاضي المكتوب إليه أو من ولّي بعده أن يصل نظره فيما ثبت عند القاضي الكاتب، فإن كتب بثبوت شهادتهم فقط لم يأمر بإعادة شهادتهم، ونظر في تعديلهم، وإن كتب بتعديلهم أو بقبوله إيّاهم أعذر للمشهود عليه فيهم، وإن كتب أنّه أعذر إليه فعجز عن الدّفع أمضى الحكم عليه ا. هـ. مختصراً من سماع ابن القاسم أوّل مسألة في الأقضية. الخامس عشر: ليس قول القاضي ثبت عندي كذا حكمًا منه بمقتضى ما ثبت عنده فإنّ ذلك أعمّ منه ا. هـ. باختصار. قال مقيّد هذا الشّرح - سمح اللّه له بفضله - وقد أطال الكلام في هذه المسألة وممّا استدلّ به على أنّ الثّبوت أعمّ من الحكم قولهم: ثبت عندنا موت الخليفة وخصب أرض كذا وثبت عندنا ظلم فلان وعداوته إلى غير ذلك ممّا علموه بالخبر وتلقّوه بالقبول من أفواه العدول ممّا لا يصحّ أن ينتصّب إليه الحكّام ويطلب فيه القضايا والأحكام، وحاصل الأمر أنّ المعنى بالثّبوت لغةً حصول الأمر وتحقّقه انظر كلامه إن شئت. وإلى الخلاف في كون قول القاضي ثبت عندي كذا حكمًا أو ليس بحكمٍ أشار

الإمام سيّدي عليٌّ الزّقّاق بقوله في المنهج المنتخب في قواعد المذهب:

والحكم والثّبوت شيءٌ اتّحد وقيل غيران على ذا يعتمد

انظر شرح الشّيخ المنجور. قال الشّيخ رحمه الله:

والعمل اليوم على قبول ما خاطبه القاضي بمثلِ أعلما
وليس يغني كتب قاضٍ كاكتفى عن الخطاب والمزيد قد كفى
وإنّما الخطاب مثل أعلما إذ معلمًا به اقتضى ومعلما

هذا هو الصّواب في ترتيب هذه الأبيات والفصل بينها غير ظاهر، والله أعلم؛ لأنّ مضمون معناها وحاصله مسألةٌ واحدةٌ، وهي أنّ العمل جرى في زمنِ النّاظم على قبول خطاب القضاة بعضهم لبعضٍ بقوله: أعلم باستقلاله أو ثبوته فلانٌ، ونحو ذلك ممّا يؤدّي معناه ولا يكفي في الخطاب أنّ يقول: اكتفى أو ثبت أو استقلّ ونحوها، وإنّما يكفي ذلك عن زيادة الشّهود فقط. وأمّا الخطاب فلا يكفي فيه إلاّ مثل أعلم.... إلخ كما تقدّم قريبًا، فقوله وإنّما الخطاب مثل أعلما هو تكرارٌ مع البيت الأوّل بزيادة ما يدلّ على الحصر، وهو إنّما وبيان توجيه كون اكتفى ونحوه لا يكفي في الخطاب في قوله إذ معلمًا به اقتضى ومعلمًا، وبيانه أنّ اللّفظ الّذي جرى به العمل في الخطاب يدلّ على ثلاثة أمور: أحدها: شخصٌ معلمٌ بكسر اللام بما ثبت عنده وهو القاضي الكاتب والثّاني شخصٌ معلَمٌ بفتحها وهو القاضي المكتوب إليه، ويصحّ العكس وهو فتح اللام في الأوّل وكسرها في الثّاني وبالضّرورة أنّهما يدلأن على أمرٍ ثابت معلومٍ عند القاضي الكاتب أعلم به القاضي المكتوب إليه، فضمير به في البيت الثّالث للأمر المعلوم الّذي دلّ عليه المعلم. والمعلم بالكسر والفتح والمجرور يتنازع فيه معلمٌ بالكسر والفتح، واقتضى بمعنى طلب وأفهم فقولهم في الخطاب أعلم باستقلاله أو بثبوته فلانٌ أعلم بفتح الهمزة واللام والميم فعلٌ ماضٍ، وفاعله هو الاسم المكنّى عنه بفلان الّذي هو المعلم لغيره بما ثبت عنده، وهو يتعدّى لمفعولين حذف الأوّل منهما للعموم على حدّ قوله تعالى: ﴿والله يدعو إلى دار السّلام﴾ [يونس:٢٥] أي: جميع عباده، وتقديره هنا من يقف عليه يعني ممّن هو أهلٌ لذلك فيشمل القاضي المكتوب إليه وغيره ممّن يتولّى بعده لموته أو عزله. والمفعول الثّاني هو قوله بثبوته أو استقلاله، وهو يتعلّق بأعلم وضمير ثبوته للرّسم أي أعلم كاتبه الواقف عليه أنّ هذا الرّسم يستحقّ أن يعمل بمقتضاه؛ لاستجماعه شروط الحكم به واستقلاله بنفسه وعدم توقّفه على غيره. قال الشّارح: قوله: «وإنّما الخطاب» البيت يعني أنّ الخطاب المعمل به عند القضاة هو أعلم بما اتّصل به من تسمية المعلم وتعيين المعلم أو اقتضائه له على الإطلاق، وبما يماثل هذا اللّفظ لو وقع عليه الاصطلاح، إذ ليس لفظة أعلم بخصوصها بواجبة الوجوب الّذي لو تعدّي لبطل العقد، وإنّما تعيّنت لوقوع اختيار القضاة عليها لاستيفائها المعنى المقصود في الوضع، ولو وقع الاصطلاح مثلاً بسواها لما كان مانعٌ من ذلك، ولمّا تقرّر الاصطلاح بالإعلام لزم

فلو لم يكتب القاضي خطابًا يصرّح فيه بالإعلام بصحّة الحقّ عنده، واقتصر على أن كتب صحّ الرّسم عندي أو ثبت أو استقلّ وكتبه فلان بن فلان فذلك لغوٌ غير جائزٍ قبوله بمجرّد الخطّ، قال ذلك ابن المناصف ا هـ. كلام الشّارح وقد جرت العادة أن لا يكتب القاضي اسمه المكنّى عنه بلفظ الخطاب بفلان بالكتابة المعهودة الّتي يقرؤها كلّ واحد بل يكتب بتخليط وتعمية ويسمّي العلامة، وذلك والله أعلم لئلا يزوّر ويخاطب غير القاضي على لسانه، وكذلك الاصطلاح في وضع الشّاهد اسمه في العقد لئلا يكتب اسمه غيره فينسب إليه ما لم يشهد به، وممّا ينبغي للشّاهد ويتأكّد عليه أن يثبت على علامة واحدة ولا ينوّعها فيقع الالتباس في شهادته، ولمّا ذكر النّاظم أنّ الخطاب يكون بأعلم وبمثله ممّا يؤدّي معناه خاف أن يتوهّم أنّ لفظ اكتفى ونحوه واستقلّ وصحّ وثبت تكفي في الخطاب بها أيضًا، فرفع هذا الوهم أيضًا بقوله: «وليس يغني كتب قاضٍ كاكتفى» البيت. فالكاف الدّاخلة على اكتفى أيضًا اسمٌ بمعنى مثل مفعول كتب، وكتبُ فاعل يغني وهو مصدرٌ مضافٌ للفاعل وهو قاضٍ وكمّل بالمفعول وهو الكاف أي بمثل اكتفى وصحّ ونحوهما، وليس هنا حرفٌ بمعنى لا النّافية وعن الخطاب يتعلّق بيغني أي: لا يغني عن الخطاب ولا يكفي عنه المخاطبة بمثل اكتفى ونحوها، ولمّا نفى الاكتفاء به في الخطاب أراد أن ينبّه على ما يفيده وما يفهم منه، فأفاده بقوله: والمزيد قد كفى أي إنّما يكفي اكتفى وثبت ونحوهما عن زيادة الشّهود فقط، ولا يكفي عن الخطاب. قال الشّارح: ما جرى به عرف بلدنا الأندلسيّة من كتبهم اكتفى فيه إشعارٌ بأنّ المشهود له لا يطلب بعد ذلك بشهود زيادةً على ما حصل في العقد، وأنّ اللّفظ لا يغني عن الخطاب، وإنّما يكفي المشهود له عن زيادة الشّهود، ويدلّ على أنّ الرّسم قد استقلّ عند القاضي ا هـ. فقوله: والمزيد منصوبٌ على إسقاط الخافض أي كفى لفظ اكتفى، وما أشبهه عن زيادة الشّهود على ما حصل في العقد لا عن الخطاب فلا يكفي عنه فالمزيد بمعنى المصدر أي الزّيادة، ولمّا ذكر أنّ اكتفى وشبهه لا يكفي عن الخطاب بين ما يكون به الخطاب موجّهًا له بقوله: «وإنّما الخطاب مثل أعلما» البيت وقد تقدّم بيانه وإطلاق النّاظم في إعمال الخطاب بما ذكر يقتضي أنّه عامٌّ في جميع الأمور من الحقوق الماليّة والبدنيّة وهو كذلك قال الشّارح: وتقييد العمل باليوم يؤذن أنّه كان قبل ذلك بخلافه، وهو صحيحٌ، فقد كان العمل حيث حدث الضّرب على الخطوط باستصحاب شاهدي عدل كتاب القاضي إلى المكتوب إليه بعد أن كان العمل قبل ذلك بالاكتفاء بالكتاب المختوم، وكأنّ العمل الآن بالاكتفاء بالخطاب دون الشّاهدين عليه عاد إلى ما كان عليه قديمًا من الاكتفاء بالكتاب المختوم وذلك؛ لضرورة فقد العدول في أكثر المواضع من ندور أحكام الضّرب على الخطّ فاستحسن الرّجوع إلى العمل القديم. قال في المقرّب قلت له: فالقاضي إذا كتب إلى القاضي بشهادة شهود شهدوا عنده وعدّلوا وكانوا قد شهدوا على رجلٍ بعينه بحدٍّ أو قصاصٍ أو غير ذلك أيقبل القاضي الّذي جاءه الكتاب البيّنة الّتي في الكتاب، ويقضي بها؟ قال نعم ا هـ. تنبيهٌ: قال في تكميل التّقييد فائدتان الأولى: في قول القاضي ثبت عندي ثلاث نكت: أولاها: أنّه ليس بخطاب كما تقدّم لابن المناصف وثانيها: هو حكمٌ أم لا وفيه صنّف الإمام الرّازي وثالثها: هل يقبل ذلك منه وإن لم يسمّ البيّنة أم لا؟.

قال المازريّ: من الحكمة والمصلحة منع القاضي الحكم بعلمه خوف كونه غير عدل فيقول علمت فيما لا علم له به وعلى هذا التّعليل لا يقبل قوله: ثبت عندي كذا إلاّ أنّ يسمّي البيّنة وقد ركّب ذلك ابن القصّار وقال: لا يقبل حتّى يسمّي البيّنة وكذا قال ابن الجلاب ثمّ قال الفائدة الثّانية ظاهر كلام ابن المناصف أن ثبت واكتفى وصحّ واستقلّ كالمترادفة وذكر عن أبي عبد اللّه بن راشد أنّه كان يخصّ استقلّ بالعدول، واكتفى بإثبات الأملاك وثبت مما عداهما، وعن العقبانيّ: استقلّ للمبرّزين وثبت لمن يقاربهم، واكتفى لمن دون ذلك اهـ. ونحوه في شرح اليرتاسيّ عن العقبانيّ أيضًا ونصّه: جرى العمل في زماننا هذا في تلمسان وما بعدها من مدن المغرب بتصريح الخطاب بالإعلام بالاستقلال فيما ثبت من الرّسوم بشهادة المبرّزين من العدول، وبالثّبوت فيما ثبت دونهم، وبالاكتفاء بالأدنى، فهي ثلاث مراتب، وأمّا بالجزائر وما والاها فالخطاب عندهم بالثّبوت والاكتفاء فقط ا. هـ. تنبيه: هذا ما يكتبه القاضي الّذي يخاطب قاضيًا آخر وأمّا المخاطب بالفتح وهو الّذي ورد عليه الخطاب فإنّه إن كان معيّنًا في الخطاب باسمه وقّع تحته أعملته، وإن كان الخطاب لا تعيين فيه أو عيّن فمات أو عزل وقّع من خلفه قبلت، وهو اصطلاحٌ لا غير واللّه أعلم.

وإن يمت مخاطبٌ أو عزلا ردّ خطابه سوى ما سجّلا

واعتمد القبول بعض من قضى ومعلمٌ يخلفه والي القضا

والحكم العدل على قضائه خطابه لا بدّ من إمضائه

تعرّض في الأبيات لما إذا خاطب قاضٍ قاضيًا آخر فمات أحدهما أو عزل، فأخبر أنّه إذا مات القاضي المخاطب بالكسر، أو عزل فقد اختلف هل يعتمد خطابه ويعمل عليه أو لا؟ فمنهم من ردّ خطابه ولم يعتمده ومنهم من قبله واعتمد عليه، وإلى هذين القولين أشار بقوله ردّ خطابه ثمّ قال: واعتمد القبول بعض من قضى أي بعض القضاة. وهذا الخلاف إذا لم يسجّل الحكم، وأمّا إن سجّله وأشهد على نفسه عدلين أنّه حكم به وأنفذه فإنّه يعمل عليه اتّفاقًا، سواءٌ بقي على قضائه أو مات أو عزل وعلى ذلك نبّه بقوله: سوى ما سجّلا فإن قلت: كلامنا في خطاب القاضي بما ثبت عنده لقاضي بلد المدّعى عليه فيكون الحكم والتّنفيذ في بلد المحكوم عليه فكيف يسجّل المخاطب الحكم وينفّذه؟ وإنّما ينفّذه القاضي المنهيّ إليه المخاطب بالفتح. قلت: يتصوّر ذلك حيث يكون المتنازع فيه دينًا في الذّمّة، فكان المحكوم عليه مع طالبه في بلد الطّالب، فينفّذ قاضيها الحكم عليه عملاً بقوله: «قبل وحيث يلفيه بما في الذّمّة يطلبه»، ثمّ يكتب لقاضي بلد المطلوب بما حكم به وأمضاه ليكن الطّالب من مال المطلوب إن لم يكن له مالٌ في بلد الحكم واللّه أعلم. ثمّ أخبر أنّه إذا مات القاضي المكتوب إليه المخاطب بالفتح أو عزل فإنّ من ولّي القضاء بعده يخلفه ويتنزّله منزلته في إنفاذ ما طلب به سواءٌ كان معيّنًا مسمّي في الخطاب أو غير معيّن، وإلى ذلك أشار بقوله: «ومعلمٌ يخلفه والي القضا» فمعلمٌ بفتح اللام اسم مفعول من أعلم، ثمّ صرّح بمفهوم قوله: وإن يمت مخاطبٌ أو عزلا فأخبر أنّ القاضي المخاطب لغيره من القضاة إذا لم

يطرأ عليه موتٌ ولا عزل - فإنّ خطابه ماضٍ غير مردود. قال في المدوّنة: فإن مات القاضي المكتوب إليه أو عزل، ووصل الكتاب إلى من ولّي بعده أنفذه من وصل إليه، وإن كان إنّما كتب إلى غيره وفي آخر كتاب الرّجم منها، وكذلك إن مات القاضي المكاتب أو عزل ا هـ. أي فإن وصل إليه ينفّذه فالمسألة الأولى هي قوله ومعلمٌ يخلفه والي القضا، والّتي في آخر كتاب الرّجم هي قوله في مسألة موت القاضي الكاتب: واعتمد القبول بعض من قضى. قال الشّارح: وفي المدوّنة وغيرها إن مات القاضي أو عزل وفي ديوانه شهادة البيّنات وعدالتها: لم ينظر فيها من ولّي بعده ولم يجزه إلاّ أن تقوم عليه بيّنةٌ، وإن قال المعزول: قد شهدت به البيّنة عندي لم يقبل قوله ولا يكون شاهداً بذلك وإلى هذا القول أشار بقوله ردّ خطابه واللّه أعلم. وأشار بقوله سوى ما سجّلا إلى ما في سماع ابن القاسم وبه العمل قال: إشهاد الحاكم بحكمه يوجب حقًّا للمحكوم له، ولو مات القاضي أو عزل أو مات المحكوم له أو عليه قبل حوز المحكوم له بما حكم له به، قال ابن رشد: اتّفاقًا ا هـ. ولفظ مخاطب في البيت الأوّل بكسر الطّاء وفاعل سجّلا يعود على المخاطِب، والقبول مفعول اعتمد وبعض فاعله ومعلمٌ بفتح اللام اسم مفعول، والحكم بفتحتين واحترز بالعدل من غيره فإنّ خطابه لا يقبل. قال في النّوادر عن المجموعة: إن ثبت عند المكتوب إليه أنّ من كتب إليه مستحقٌّ للقضاء في فهمه ودينه وورعه غير مخدوع قبل كتابته. قال ابن سحنون عن أبيه عن أشهب: وإن كان غير عدل لم يقبله، ولو كتب إليه العدل أنّ ابني ثبت له عندي بيّنة كذا لم يقبله، وكان كالشّاهد له فإن أجازه لم يفسخه من ولّي بعده.

وفي الأداء عند قاضٍ حلّ في ... غير محلّ حكمه الخلف اقتفي
ومنعه فيه الخطاب المرتضى ... وسوّغ التّعريف بعض من مضى

ذكر في هذين البيتين ثلاث مسائل متناسبة المعنى، وهي إذا حلّ القاضي بغير محلّ ولايته هل له أن يسمع هنالك بيّنةً شاهدةً بحقٍّ لمن يكون في ولايته وتؤدّى شهادتها عنده هنالك أوَ لا؟ وهل له أن يخاطب رسمًا ثبت عنده بموضع ولايته ولم يخاطبه هنالك وافتقر إلى خطابه هنا أو لا؟ وهل له أن يعرّف قاضي موضع حلوله بما ثبت عنده من الرّسم على القول بمنع خطابه إيّاه؟ ونقل النّاظم الخلاف في المسائل الثّلاث وأنّ المنع من الخطاب هو المرتضى قال الشّارح وما ضمّنه الشّيخ في البيتين هو مقتضى ما نقله ابن سهلٍ في نوازله عن ابن الحكم إن حلّ قاضٍ محل بغير محلّ ولايته فليس له أن يسمع بيّنةً على من في محلّه، ولا أن يشهد على كتابه بذلك إلى أحدٍ، وله أن يسأل عن حال بيّنةٍ شهدت عنده.

(وفي كتاب منهاج القضاة لابن حبيب عن أصبغ) إن بعث الإمام القاضي لبعض الأمصار في شيءٍ من أمور العامّة فحلّ به فله أن يسمع فيه بيّنةً بحقٍّ على غائبٍ في عمله،

قوله: **(وفي كتاب منهاج القضاة لابن حبيب إلخ)** قال كاتبه: وفي أسئلة أبي عمران أن الحكم على من هو في غير عمل القاضي جائز إذا كان في موضع القاضي ما يحكم عليه فيه،

ويسأل من قام بها تعديلها، وله أن يسأل قاضي ذلك المصر عنهم ويجتزيء بما أخبره به من عدالتهم لأنّه من عمله، ولو اجتمع الخصمان عنده بذلك المصر للمخاصمة عنده وما يختصمان فيه في بلد القاضي الغائب عن قطره لم ينظر بينهما إلاّ أن يتراضيا عليه كتراضيهما أن يحكم بينهما، وبعض جواب أصبغ خلاف ما تقدّم لابن عبد الحكم. وسألت ابن عتّاب عن قاضٍ حلّ بغير بلده وقد ثبت عنده ببلده حقٌّ لرجلٍ فطلب منه أن يخاطب به قاضي موضع المطلوب، قال: لا يجوز له ذلك فإن فعل بطل خطابه ثمّ قال: ولا يبعد أن ينفّذ. قلت له: فإن كان الحقّ الثّابت عنده ببلده على من هو بموضع احتلاله فأعلم قاضي الموضع بذلك مشافهةً بما ثبت عنده أيكون كمخاطبته بذلك؟ قال: ليس مثله (قلت) ما يمنعه من إخباره به ويشهد عنده بذلك وينفّذه كما يشهد بما يجري في مجلسه من إقرارٍ وإنكارٍ ويقضي به؟، قال: ليس مثله ولكن إن أشهد هذا القاضي المخبر بذلك شاهدين في منزله وشهدا بذلك عند قاضي الموضع نفذ وجاز، قال ابن سهلٍ: ورأيت فقهاء طليطلة يجيزون إخبار القاضي المحتلّ بذلك البلد وينفّذ ويرونه كمخاطبته إيّاه. قال الشّارح: فمعنى البيت الأوّل هو مقتضى ما لابن عبد الحكم وأصبغ، ومنع الخطاب هو مرتضى ابن عتّاب، والتّعريف هو الّذي أسند ابن سهلٍ لفقهاء طليطلة وعلى ما ذهب إليه فقهاء طليطلة العمل عند قضاة الجماعة بالحضرة ا هـ. فقول النّاظم: في الأداء خبرٌ مقدّمٌ وعند يتعلّق بالأداء وجملة حلّ صفةٌ لقاضٍ والخلف مبتدأٌ واقتفي صفةٌ. الخلف ومنعه مبتدأٌ. والخطاب مفعول منع من مفهوم قوله المرتضى. وقوله: بعض من مضى يفهم الخلاف في الفرع الثّاني والثّالث، وقوله: وليس يغني البيتين تقدّم شرحهما إثر قوله: والعمل اليوم على قبول ما البيت، وتقدّم أنّ ذلك المحلّ أنسب لهما والله أعلم.

ويثبت القاضي على المحو وما أشبهه الرّسم على ما سلما

يعني أنّ الرّسم إذا كان به محوٌ أو قطعٌ أو حرق نارٍ ونحو ذلك طلب من القاضي تصحيحه أو الخطاب به إلى غيره من قضاة فإنّه إنّما يصحّح ويخاطب بما سلم من فصول لا على جميعه. قال الشّارح: وينصّ في كتابه على منتهى ما ابتدئ به المحو أو البشر ومبتدأ ما انتهى إليه ا هـ أي الكلمة الّتي قبل ابتداء المحو والّتي بعد انتهائه فقوله: ويثبت القاضي فعلٌ وفاعلٌ والرّسم مفعولٌ وعلى المحو يتعلّق بمحذوف صفة للرّسم أي: الرّسم المشتمل على المحو، وما أشبه المحو من قطعٍ وغيره، وعلى ما سلم بدلٌ من الرّسم بدل بعضٍ من كلٍّ، أي على ما سلم منه.

فرعٌ: قال في الطّرر: فإن وقع في الوثيقة محوٌ أو بشرٌ أو ضربٌ في مواضع العدد مثل عدد الدّنانير أو أجلها أو تاريخ الوثيقة سئلت البيّنة، فإن حفظت الشّيء بعينه الّذي وقع فيه

لأنه إنما حكم في شيء تحت حكمه وفي بلده الذي ولي النظر فيه، وإنما لا يجوز حكمه على غائب لا مال له ببلد الحاكم اهـ. انظر المتيطي. وما ذكره هنا قد فإننا استوفيناه في الشرح.

ذلك من غير أن يروا الوثيقة مضت، وإن لم يحفظوا سئلت عن البشر فإن حفظوه مضت أيضًا وإن لم يحفظوه سقطت الوثيقة، وإن كان ذلك في غير مواضع العقد لم يضرّ الوثيقة ولم يوهنها، وإن لم يعتذر عنه ا هـ. من الباب الثّامن من الفائق للونشريسيّ

وعندما ينفذ حكمٌ وطلب تسجيله فإنّه أمرٌ يجب
وما على القاضي جناحٌ لا ولا من حرجٍ إن ابتداءً فعلا

يعني أنّ القاضي إذا حكم على الخصم وطلب أحد الخصمين من القاضي تسجيل الحكم أي كتبه في سجلٍ، أي صكٍّ فإنّ ذلك يجب على القاضي لمن طلبه ليحصّن به لنفسه ما حكم له به لما فيه من دفع مفسدة تجديد الخصومة وتعنيت المطلوب فيها بعد انقضاء النّزاع باستئنافه مرّةً أخرى، فإن فعله القاضي لنفسه من غير أن يطلب به جاز. قال في الوثائق المجموعة: وإن طلب القائم أن يسجّل له القاضي بما أثبته من ملكه للعقار الّذي كان بيد المقوّم عليه، وكان القاضي قد أعذر إلى المقوّم عليه في الشّهود الّذين ثبت عنده ذلك بشهادتهم وعجز عن المدفع فإنّه يسجّل له ا هـ. باختصار واقتصار على محلّ الحجّة.

وساغ مع سؤاله تسجيل ما لم يقع النّزاع فيه كلّما

يعني أنّه يجوز للقاضي تسجيل ما لم يقع فيه النّزاع إذا سئل ذلك منه على وجه التّحصين له والاستعداد به، وذلك مثل رسوم الأحباس الّتي يهلك شهودها ويشهد على خطوطهم وغير ذلك ممّا يثبت عند القاضي، ولم يقع فيه خصامٌ. قال الجزيريّ في وثائقه: وإذا سئل القاضي إثبات ما لا خصومة فيه والتّسجيل، فإن شاء أجاب وإن شاء لم يجب ا هـ. وتسجيل فاعل ساغ ومع يتعلّق به أو بمحذوفٍ حالٍ، تسجيل.

وسائل التّعجيز ممّن قد مضى يمضي له في كلّ شيءٍ بالقضا
إلاّ ادّعاء حبسٍ أو طلاق أو نسبٍ أو دمٍ أو عتاق
ثمّ على ذا القول ليس يلتفت لما يقال بعد تعجيزٍ ثبت

يعني أنّ المقضيّ له إذا سأل من القاضي تعجيز المقضيّ عليه فإنّ ذلك له، ويمضي عليه حكم التّعجيز في كلّ شيءٍ يقع فيه التّحاكم بين يدي القاضي، ولا يخرج من ذلك إلاّ ما استثناه النّاظم من الحبس والطّلاق والنّسب والدّم والعتاق فإذا عجز المقضيّ عليه فلا يلتفت بعد ذلك لما يأتي به من بيّنة على صحّة دعواه، ولا ينظر له إلاّ في تلك الأمور المستثناة دون غيرها. قال ابن سهلٍ: وإذا انقضت الآجال والتّلوّم ولم يأت المؤجّل له بشيءٍ يوجب نظرًا عجّزه القاضي وأنفذ القضاء عليه وسجّل وقطع بذلك شغبه عن خصمه في ذلك المطلوب، ثمّ لا تسمع بعد ذلك حجّةٌ إن أتى بمكان هذا المؤجّل العاجز طالبًا أو مطلوبًا إلاّ في ثلاثة أشياء: العتق والطّلاق والنّسب. قال ابن سهلٍ ويشبه ذلك الحبس وطريق العامّة وشبه ذلك من منافعهم، وليس عجز طالبه يوجب منعه ومنع غيره من النّظر له إن أتى

بوجهٍ. وفي طرر ابن عاتٍ: زيادة الدّم على المستثنيات المذكورة كما عند النّاظم.

(والفرق بين الإعـذار والتّعـجيز) أنّ الإعـذار سؤال الحاكم المشـهود عليـه أبقيت لك حجّةٌ؟ فإن قال: لا أو بقيت وأنظره لها، فإن لم يأت بشيءٍ أشهد عليه أنّه لم يبق له حجّةٌ في الوجـه الأوّل وأنّه لم يأت بشيءٍ في الوجـه الثّـاني، وذلك هو التّـعجيـز ا هـ. وفي التّوضـيح ما ذكره أي ابن الحاجب من أنّه إذا ذكـر أنّ له حجّةً وتبيّن لدده يقـضي القاضي عليه هو التّعجيز ا هـ.

تنبيهٌ: قال في التّبصرة ولم تجر عادة الموثّقين بإفراد عقـد التّعجيز، وإنّما يضمّنونه عقد السّجلات فنقول: أشهد القاضي فلانٌ أنّ فلانًا قام عنده وادّعى على فلانٍ كذا وأنكر المدّعى عليه ذلك، فكلّـف القائم الإثبات وأجّله أجـلاً بعد أجلٍ ثمّ تلوّم له فلم يأت بشيءٍ فـسأل المدّعى عليه تعجيزه وقطع دعواه عنه، فأجابه القاضي إلى ذلك وسأل الحاكم المدّعي أبقيت لك حجّةٌ؟ فقال: لا فاستبان له عجزه فعجّزه وقطع عن المدّعى عليه طلبه وتعنيته، وسجّل بذلك وأشهـد به على نفسه في تاريخ كذا ا. هـ. ببـعض اختصار. فـرعٌ: فإن حكم على القائم بإسقـاط دعواه حين لم يجد بيّنةً من غير صـدور تعجيزٍ ثمّ وجد بيّنةً فله القـيام بها ويجب القضاء له.

تنبيهٌ: ما تقدّم من أنّ المعجز إذا أتى ببيّنة لم تسـمع هو أحد أقوال ثلاثة: وثانيها: أنّها تسمع، وثالثهـا: أنّ ذلك يقبل من الطّالب دون المطلوب، وهذا الخلاف إذا عـجّزه القاضي بإقراره على نفـسه بالعجز، وأمّا إذا عـجّزه بالتّلوّم والإعذار وهو يدّعي أنّ له حـجّةً، فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك، وأشار بقوله: ثمّ على ذا القول إلى. إذا قيل بإمضاء التّعجيز في كلّ شيءٍ فلا يلتفـت إلى ما يأتي به فمفهـومه أنّه على القول بعدم تعـجيزه أنّه ينظر لما يأتي به ويعمل عليه واللّه أعلم.

قوله: **(والفرق بين الإعذار والتعجيز إلخ)** بل الفرق بين هذين أن الأعذار هو قول القاضي للخصم: أبقيت لك حجة فإذا لم يأت بحجة فلا يقـبل ما أتى به إلاّ لعذر كنسيان، والتعجيز هو جعل القاضي الخصم عاجزاً بعد الإعذار إليه، ولا يقبل منه بعد ذلك ما أتى به ولو لوجه على ما به العمل إلاّ في الحبس. ومـا ذكر بعده وقد وقع لبعض تخليط في المسـألة، وتقدم كلام في هذا وكلام التوضيح فيه إيهام، فانظر كـلامنا على المسألة عند قول المتن واعذر بأبقيت لك حجة، وما ذكرناه على قول المتن في تنازع الزوجين، ثم لم تسمع بينته إن عجزه قاض مدعي حجة إلخ، وقد قال اللقاني في حـواشي التوضيح ما نصّه: اعلم أن التـعجيز هو الحكم بالعجـز وانقطاع الحجة، وأنه لا يقبل منه بعد ذلـك حجة، فجعل التعـجيز هو قضاء القـاضي بالحق أو الإبراء تسامح هذا لفظه وهذا هو الحق في التعـجيز، وكثـير خلط ما يترتب على الإعـذار بما يترتب على التعـجيز، وكذا خلط حقيقة هذا بحقيقة هذا.

باب الشهود وأنواع الشهادات وما يتعلق بذلك

الشّهود جمع شاهد، وأنواع الشّهادة على ما ذكره النّاظم في الفصل الآتي خمسةٌ، والشّهادة والرّواية خبران غير أنّ المخبر عنه إن كان عامًّا لا يختصّ بمعيّن، فهو الرّواية كقوله عليه الصلاة والسلام: «الأعمال بالنّيّات»[١٦] وغير ذلك، فإنّ ذلك لا يختصّ بشخص معيّن بل هو عامٌّ في كلّ الخلق، بخلاف قول العدل عند الحاكم لهذا عند هذا دينارٌ، فإنّه إلزامٌ المعيّن لا يتعدّاه والأوّل هو الرّواية، والثّاني هو الشّهادة قاله القرافيّ، ثمّ أورد سؤالاً قائلاً ما قرّرناه من أنّ الشّهادة تتعلّق بجزئيٍّ منقوضٍ بأنّها قد تتعلّق بكلّيٍّ كالشّهادة على الفقراء في الوقف، وكذلك الرّواية قد تتعلّق بجزئيٍّ كالإخبار عن النّجاسة في الثّوب والماء المعيّنين. (وأجاب) عن الأوّل بأنّ العموم في الشّهادة بالعرض، والمقصود الأوّل إنّما هو الجزئيّ؛ لأنّ المقصود بالوقوف إنّما هو الواقف ليتزع المال من يده، وكون الموقوف عليه غير معيّنٍ لا يقدح، وعن الثّاني الإخبار عن نجاسة الماء المعيّن إنّما هو باعتبار وصفه من حيث إنّه صفةٌ كلّيّةٌ، لا باعتبار ذاته المخصوصة، ولذلك كان كلّ ماءٍ مماثلٍ له في الصّفة الّتي حكم عليه بالنّجاسة مماثلٌ له في الحكم بنجاسته.

وشاهدٌ صفته المرعيّة تيقّظٌ عدالةٌ حرّيّه

ذكر في هذا البيت صفة الشّاهد المقبول الشّهادة إلاّ أنّ بعضها مصرّحٌ به وبعضها داخلٌ فيه بالتّضمّن. أوّلها: العدالة: ويأتي تفسيرها في البيتين بعد هذا. قال الشّارح: وهي متضمّنةٌ للإسلام الّذي هو شرطٌ في أدائها كقوله تعالى: **﴿ممّن ترضون من الشّهداء﴾** [البقرة:٢٨٢] ويفهم منه أنّ من لا يرضى ليس أهلاً للشّهادة. الثّاني: التّيقّظ: وهو الفطنة والتّحرّز؛ لأنّه إن كان من أهل الغفلة أو البله لم يؤمن عليه التّحيّل من أهل الحيل فيشهد بالباطل. قال الشّارح: واشتراط التّيقّظ أخصّ من اشتراط التّكليف المتضمّن للعقل والبلوغ فيستلزمهما حسب ما مرّ التّنبيه على مثل ذلك في شروط القاضي؛ لأنّه إذا اشترط التّيقّظ الّذي لا يمكن أن يتّصف به إلاّ من حصل له مطلق وصف العقل لكون التّيقّظ زيادةً عليه فأحرى أن تحصل مظنّة العقل الّتي هي البلوغ، فكيف يتوهّم الاكتفاء دون هذين الشّرطين وقد اشترط ما لا يكون تامًّا إلاّ بعد حصولهما؟ وذلك ظاهرٌ فاشتراط التّيقّظ يتضمّن شرطي العقل والبلوغ واكتفائه به دونهما. الثّالث: الحرّيّة: وهي شرطٌ في الشّاهد أيضًا؛ لأنّ قدر المناصب الدّينيّة من القضاء، والشّهادة، وأمثالهما لا تليق بذوي الرّقّ. قال الشّارح: «لكونه بقيّةً من البقايا اللاحقة من شؤم الكفر (أو سوى ذلك ممّا علّل به) قال ابن عرفة: «والحرّيّة

باب الشهود وأنواع الشهادات وما يتعلق بذلك

قوله: **(أو سوى ذلك ممّا علّل به إلخ)** قال الباجي في منتقاه: وإنّما شرطنا الحرية خلافًا لمن

---

(١٦) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (١، ٥٤)، ومسلم (١٩٠٧)، وأبو داود (٢٢٠١)، والترمذي (١٦٤٧)، والنسائي (٧٥، ٣٤٣٧)، وابن ماجه (٤٢٢٧).

شرطٌ اتّفاقًا» قال الشّارح ما معناه: إن حمل كلام الشّيخ على المنتصب للشّهادة حسبما سبق به الاعتذار في شرط التّيقّظ فهلا اشترط الذّكوريّة لذلك؟ والجواب أنّه اكتفى بالإتيان في لفظ الشّاهد بصيغة التّذكير عن اشتراط الذّكوريّة، أو أنّ الذّكوريّة غير مشترطةٍ في الشّاهد في الإطلاق، وإنّما هي في أحكامٍ خاصّةٍ.

(فإن قيل: شرط عدم الولاية) في المال اختلف فيه وهل هو معتبرٌ عند الشّيخ فنقصه من النّظم فلم يذكره أو غير معتبرٍ فسكت عنه قصدًا؟ فالجواب: أنّ الظّاهر أنّه لم يعتبره وكأنّه اعتمد على مقتضى قول ابن القاسم من أنّه لا يعتبر في حال الحجر إلاّ ما في نفس الأمر، فمن كان جاري التّصرّف على الرّشد فأفعاله جائزةٌ نافذةٌ عنده وإن كانت عليه ولايةٌ، ومن كان بعكس ذلك فأفعاله كلّها عنده مردودةٌ وإن كان لا ولاية عليه، وأمّا على مقتضى قول مالك في اعتبار الولاية في المال إذا وجدت، وعدم اعتبارها إذا لم توجد، فلا بدّ من اعتبار هذا الشّرط، ويكون قد نقصه الشّيخ - رحمه الله - ولا اعتذار عن نقصه على هذا القول إلاّ مسامحة قصد الاختصار في عدم الاستيفاء، ا هـ باختصارٍ وبعضه بالمعنى.

(والعدل من يجتنب الكبائر) ويتّقي في الغالب الصّغائرا

(وما أبيح) وهو في العيان يقدح في مروءة الإنسان

قال شهادة العبد مقبولة؛ لأن الرق نقص يمنع الميراث فنفي الشهادة كالكفر اهـ. بلفظه. وفي المعونة وابن يونس: وإنما لم تجز شهادة العبد لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا﴾ [البقرة:٢٨٢] الآية إلى آخر ما ذكره هنا من العلل.

قوله: **(فإن قيل شرط عدم الولاية إلخ)** قال في المختصر: العدل حر مسلم عاقل بالغ بلا فسق وحجر إلخ، فمرّ على أن السفيه بلا حجر تجوز شهادته، لكن مذهب المدونة هو عدم الجواز وبيّنا ذلك في الشرح، والعلة نقص العقل بدليل عدم حفظ ماله فأحرى أن لا يحترز في الشهادة.

وقول الناظم: **(والعدل من يجتنب الكبائر إلخ)** ظاهره أنه مهما فعل كبيرة سقطت عدالته ولو ظهرت توبته منها وهو ظاهر في كلام من شرح ذلك، وفي المختصر مفسراً لما قبله لم يباشر كبيرة أو كثيرة كذب، أو صغيرة خسة أو سفاهة ولعب نرد إلخ، وهذا ما لم يتب من فعل الكبيرة وتظهر القرائن الدالة على صحة توبته، ويدل لذلك قوله: وزوال العداوة والفسق بما يغلب على الظن. وقول الناظم أيضًا: **(وما أبيح إلخ)** جعل الأمور التي تنافي المروءة مباحة مع أن فعلها يبطل الشهادة، والإنسان لا يحل له أن يتسبب فيما يبطل شهادته، لأن الإنسان لا يخلو من تحمل شهادته لغيره مع أن فعل ذلك تردّ به شهادته وفي ذلك تضييع حقوق. وفي نوازل الأقضية من المعيار عن الشاطبي ما نصّه: لأن الاتصاف بالمروءة مطلوب كما أن الاتصاف بخلافها منهي عنه، وإن ظهر ببادىء الرأي أنه مباح كما قالوا في الأكل في الأسواق لمن لا يليق به والاجتماع مع الأرذال والتجرّف بالحرف الدنية التي لا تليق بمنصب المتلبس بها ولا ضرورة تدعو إلى ذلك، فهذا وإن قيل في الأصل فالتحقيق أنه منهي عنه إما كراهة أو منعًا بحسب حال المتصف والمتصف به ووقت الاتصاف إلى غير ذلك ممّا يلاحظ المجتهد اهـ. المقصود منه بلفظ، والطلب يحتمل الندب أو الوجوب وكلاهما ينافي الإباحة في اصطلاح المتأخرين والنهي يحتمل الكراهة والمنع. قال كاتبه

لمّا ذكر صفة الشّاهد وكانت العدالة من جملتها بيّنها في هذين البيتين، فأخبر أنّ العدل هو الّذي يجتنب الذّنوب الكبائر دائمًا، كالشّرب والسّرقة ونحوهما، ويتّقي أيضًا الذّنوب الصّغائر في غالب أحواله، ويتّقي أيضًا الأمر المباح الّذي يقدح في المروءة: كالأكل في السّوق، والمشي حافيًا في بلد لا يفعلون ذلك، وإنّما قال ويتّقي في الغالب؛ لأنّ النّادر لا يعتدّ به ولا يسلم منه إلاّ منْ عصمه اللّه تعالى، ولذلك قال مالكٌ: «من الرّجال رجالٌ لا تذكر عيوبهم» قال ابن يونس: «إذا كان عيبه خفيفًا» والأمر كلّه حسنٌ فلا يذكر اليسير الّذي ليس بمعصوم منه أحدٌ في الصّلاح، وقد حدّ بعضهم العدالة بقوله: هي اجتناب الكبائر، وتوقّي الصّغائر، وحفظ المروءة وقيّد الشّيخ خليلٌ الصّغائر بصغائر الخسّة قالوا: كتطفيف حبّة، أو سرقة لقمة، وأمّا غيرها كالنّظر لأجنبيّة فلا تقدح، وفي تقسيم الذّنوب إلى كبائر وصغائر خلافٌ انظر الدّرّ الثّمين في شرح المرشد المعين.

فالعدل ذو التّبريز ليس يقدح   فيه سوى عداوةٍ تستوضح

وغير ذي التّبريز قد يجرّح   بغيرها من كلّ ما يستقبح

ذكر في البيتين ما لا يجرّح به الشّاهد وما يجرّح به، (وحاصله أنّ العدل مبرّزٌ وغير مبرّز) فالمبرّز لا يقدح فيه ولا يجرح إلاّ بالعداوة يعني: والقرابة، وأمّا غيره فيقدح فيه ويجرّح بالعداوة والقرابة وغيرهما، من كلّ قبيح. قال اللّخميّ: يسمع الجرح في الرّجل المتوسّط في العدالة مطلقًا، ويسمع في المبرّز والمعروف بالعدل والصّلاح إذا طلب، ذلك المشهور عليه من باب العداوة، أو الهجرة أو القرابة وما أشبه ذلك، واختلف هل يقبل فيه الجرح من وجه الإسفاه؟ فمنعه أصبغ، وأجازه سحنونٌ ا هـ وفي المختصر وقدحٌ في المتوسّط بكلٍّ وفي المبرّز بعداوة، أو قرابة وإنّ بدونهما كغيرهما على المختار، والمبرّز بكسر الرّاء المشدّدة اسم فاعلٍ من برّز بالتّشديد إذا فاق أصحابه، وكذلك الفرس إذا سبق، قال في القاموس: رجلٌ برزٌ وبرزيٌّ عفيفٌ موثوقٌ بعقله ورأيه، وقد برز ككرم، وبرّز تبريزًا فاق أصحابه فضلاً أو شجاعةً، والفرس عن الخيل سبقها وراكبه نجّاه. ا هـ (وفي المعيار) عن

عفا الله عنه. والحق أن ارتكاب ما ينافي المروءة حرام باعتبار ما يعرض لما تقدم من بطلان شهادته والطعن عليه بسبب ارتكاب ذلك، وفي ذلك هتك لعرضه وإيقاع الناس في المعاصي بالكلام فيه، مع أن الاجتماع مع الأرذال لا يخلو من سماع ما لا يحل أو رؤيته، ولذلك سقط به إتيان الدعوة الواجبة في النكاح إلى غير ذلك ممّا نقلناه في شرحنا، ولكن قول من قال هذا مباح مراده باعتبار الأصل، ومن قال منهي عنه باعتبار ما يعرض له، ويدل لذلك قول الشاطبي: وإن قيل مباح في الأصل فقد رمز للجواب وأعرب عن ذلك أي إعراب.

قوله: **(وحاصله أن العدل مبرز وغير مبرز)** قال في المختصر: وقدح في المتوسط بكل، وفي المبرز بعداوة وقرابة كغيرهما على المختار تشبيه تام فصيح بمن دونه وبالإسفاه، ولكن المشهور أن المبرز لا يجرح إلاّ بالعداوة، وقد بيّنا هذا في شرحنا بكلام الناس وهذا الجامع لأكثر ممّا في هذا

التّنبيهـات: هو بكسر الرّاء المشدّدة أي: ظاهر العدالة سابقًا غـيره متقدّمًا فـيها، وأصله من تبريز الخيل في السّبق وتقدّم سابقها وهو المبـرّز لظهوره وبروزه أمامها. ا هـ. قال غيره هو اسم فاعلٍ من برّز مـشدّد الرّاء وأصله برز خـفيفـةً بمعنى خرج إلى البـراز بفتح الرّاء وهو الفضاء المتّسع من الأرض وضوعف تكثيرًا. ا هـ قال في المعيار وعوامّ الوقت، بعض الطّلبة يظنّون أنّ المبرّز في العدالة من تصدّى وبرز بإذن الأمير، أو القاضي لـتحمّل الشّهادة وبيعها في الأسواق، وليس كـما ظنّوا وكان بعض الشّيوخ يمثّل المبرّز بالشّيخ أبي محمّـد صالح ونظرائه وما أقلّ هذا الوصف في هذا الزّمان المسكين بل كاد أن يعدم بالكلّيّة، وكنتُ وقفتُ على بعض أجوبة شيخنا الإمام أبي عبد اللّه محمّد بن العبّاس - تغمّده اللّه برحمته - وهو يقول فيه: «والتّبريز في زماننا معدومٌ كـانعدام بيض الأنواق» قال الشّيخ أبو عبد اللّه محمّد ابن قاسم الفوري: «والمبـرّز في العدالة المنقطع في الخير والصّـلاح وأين هو اليوم؟ إنّما هو في وقتنا كالغـراب الأعصم بين الغربان» قال صاحب المعيـار: قلت: أمّا عدم هذا الوصف وهو التّبـريز في العدالة، أو عـزّته في المنتصبين في الشّـهادة ممّن أدركنا من عـدول المغرب الأوسط والأقصى فغير بعـيد، وأمّا عدمه أو عزّته في المنتصبين وغيرهم فـغير مسلّم، وقد شاهدنا منهم والحـمد للّه عددًا كثـيرًا، وكتب مسلّمًـا عليكم عبد اللّه أحمـد بن يحيى بن محمّد بن عليٍّ الونشريسيّ - وفّقه اللّه - ا هـ وذلك بعد نحو ثماني عشرة ورقةً من نوازل الهبات، والصّدقات قلت: وعلى ما ذكر ممّا يعـتقده عوامّ الوقت، وبعض الطّلبة يقرأ بفتح الرّاء اسم مفعولٍ واللّه أعلم.

(ومن عليـه وسم خـيـرٍ قـد ظهـر) زكّي إلاّ في ضَـرورة السّـفـر
ومن بـعكس حـاله فـلا غـنى عن أن يـزكّى والّذي قـد أعلـنا
بحـالة الجـرح فليس تقـبل له شـهـادةٌ ولا يـعـدّل
وإن يكن مـجـهـول حـال زكّـيا وشـبـهـةٌ توجب فـيـمـا ادّعـيا

حصر في هذه الأبيـات أحوالَ الشّاهد غير المعروف بالعـدالة باعتبار افتقاره لـلتّزكية، وعدم افتقاره، فـأخبر بأنّ من شهد في أمرٍ من الأمور فلا يخلو حـاله من أربعة أوجه: إمّا أن يظهر علامة الخـير عليه، أو علامة الشّرّ، أو يعلن بالشّرّ، أو يجـهل حاله فإن كان ممّن ظهر عليه علامـة الخير، والدّين، فإنّ شهادته لا تقبل إلاّ إذا زكّي بأن يشهـد له اثنان فأكثر بأنّه عدلٌ رضًا ممّن تقـبل شهادته إلاّ في السّفـر، أعني: شهادة أهل القافلة بعـضهم لبعض عند حاكم أهل القرية، أو البلدة الّتي حلّوا أو مرّوا بها، فإنّ مـالكًا وجميع أصحابه أجازوا شهادتهم بعضهم لبعضٍ وإن لم يعـرفوا بعدالة ولا سخطة. وإلى ذلك أشار بقوله: إلاّ في ضرورة السّفر وقـد تقدّمت هذه المسألة قبل فصل خطاب القضاة، وإن ظهـرت عليه علامة الشّرّ ولم تتحقّق عليـه فلا تقبل شهادته حتّى يزكّى، وإليـه أشار بقوله: ومن بعكس حاله فلا غنى من أن يزكّى والّذي قد أعلنا وإن كان معلنًا بالشّرّ وما لا يليق فلا تقبل شهادته ولا يصحّ تعديله؛ لأنّ حالتـه الّتي أعلن بها مكذّبةٌ لمن يزيد تعديله، وإليـه أشار بقوله: والّذي

الشارح فلذلك كتـبناه. وقول الناظم: **(ومن عليه وسم خير قد ظهر إلخ)** تقدم الكلام عليه قبل فصل خطاب القضاة فانظره هناك.

قد أعلنا بحالة الجرح فليس تقبل له شهادةٌ ولا يعدّل وإن كان مجهول الحال، فلم يظهر عليه وسم خيرٍ ولا شرٍّ فلا بدّ من تزكيته، ومع ذلك فلا تهمل شهادته كمن ظهرت عليه علامة الشّرّ، بل لها مزيّةٌ وهي أنّ شهادته توجب شبهةً في المدّعى فيه قبل تزكيته إلى أن تثبت التّزكية، فيترتّب الحكم على الشّهادة، أو يعجز عن التّزكية فتضمحلّ الشّبهة المترتّبة على الشّهادة. قال الشّارح: «وإذا أوجبت شهادة المجهول الحال شبهةً في المدّعى فيه فأحرى أن توجبها شهادة من ظهرت عليه سمة الخير» وفي العتبيّة سئل ابن القاسم عن الشّاهد لا يعرفه القاضي بعدالة ولا بحال فاسدة وهو ممّن يشهد الصّلاة في المساجد ولا يعرفه بأمرٍ قبيحٍ أتجيز شهادةً أم لا؟ فقال: «لا ينبغي له أن يقبل إلاّ عدلاً ثابت العدالة» قال ابن رشد: هذا قول جمهور أهل العلم ومذهب مالك وجميع أصحابه لقوله تعالى: ﴿ممّن ترضون من الشّهداء﴾ [البقرة:٢٨٢] إذ لا يرضى إلاّ من تعرف عدالته، قال: وقد أجاز ابن حبيب شهادة من ظاهره العدالة بالتّوسّم فيما يقع في الأسفار بين المسافرين من المعاملات، والتّجارات، والأكرية بينهم وبين المكارين مراعاةً لقول الحسن واللّيث بن سعد. وقال المتيطيّ: وأمّا الشّاهد الّذي لا نتوسّم فيه العدالة ولا الجرحة فلا تجوز شهادته في موضعٍ من المواضع دون تزكيته، إلاّ أنّ شهادته شبهةٌ في بعض المواضع، وعند بعض العلماء فتوجب اليمين، وتوجب القسامة، وتوجب الحميل وتوقيف الشّيء المدّعى فيه. وقال ابن القاسم الجزيريّ في شهادة من تتوسّم فيه الجرحة: «أنّها لا تقبل إلاّ بتزكية، ولا تكون شبهةً توجب حكمًا»، وقال المتيطيّ: «لا يقبل القاضي فيمن علم جرحته تعديلاً فيمن شهد به» (وقال اللّخميّ): وأعلى منازل الشّاهد أنّ الأمر فيه مشكلٌ ومتردّدٌ بين العدالة وسقوطها، وقد شترطت العدالة فلا تجوز الشّهادة مع الشّكّ في وجود ذلك الشّرط إلاّ من شهر اسمه بالصّلاح والخير، وقد شهد فلا تطلب تزكيته، ويحمل على ما عرف به حتّى يثبت غير ذلك اهـ.

ومطلقًا معروف عينٍ عدّلا والعكس حاضراً وإن غاب فلا

يعني أنّ الشّاهد الّذي يحتاج إلى التّزكية لا يخلو إمّا أن يكون معروف العين فيعدّل، سواءٌ كان حاضراً بمجلس القاضي أو غائبًا عنه، وعلى ذلك نبّه بالإطلاق وإن كان معروف العين وهو المجهول العين وهو الّذي عني بالعكس فلا يعدّل إلاّ حاضراً على عينه، وأمّا مع غيبته فلا. قال الشّارح: وهل يحمل قوله: «معروف عين» على من يعرفه الحاكم الّذي يزكّى بين يديه عينه، أو على ما هو أعلم من ذلك ممّن عرف عينه النّاس، سواءٌ عرف الحاكم عينه أو لم يعرفه، (والظّاهر أنّه قصد الأوّل)، وعليه يدلّ قول ابن أبي زمنين في المنتخب قال: وفي المدوّنة قال سحنونٌ: قلت لابن القاسم: أيزكّى الشّاهد وهو غائبٌ عن

قوله: **(والظاهر أنه قصد الأول إلخ)** لا شكّ أن الأسماء تشترك والحق في المسألة هو قول ابن فتوح في الوثائق المجموعة ما نصه: والتعديل يكون إلاّ على العين إلاّ أن يكون المعدل مشهور العين في البلد الذي لا يشتبه بغيره في صفته واسمه فلا بأس بتعديل غائبًا اهـ. بلفظ، إذ هذا

القاضي؟ قال: نعم قال محمّدٌ: وهذا في الرّجـل الّذي يعرفه، وأمّا من لا يعرفه فلا تكون التّزكية إلاّ على عينه وهذا من أصلِ قولهم. وعلى المحمِل الثّاني يدلّ ما نقله ابن يونس عن سحنون قال ابن عرفة: وفيهـا يزكّى الشّاهد وهو غائبٌ عن القاضي. الصّقلّيّ عن سحنون معناه إنْ كان مشهوراً، فأمّا غيـر المعروف فلا يزكّى إلاّ بحضرته. عبد الحقّ: معناه إن كانَ غائبًا عن مجلس القاضي وهـو حاضرُ البلد أو قريبٌ جدًّا ومن بعدت غيبتـه جازت تزكيته كما يقضى عليه ونحوه لأبي محمّدٍ يعني ابن أبي زيدٍ.

وشـــــاهدٌ تـعـــــديلـه باثـنين كـــــذاك تجـــــريحٌ مـــبـــرّزين
والفـحـص من تلقـاء قـاضٍ قـنعـا فـيـــه بواحـدٍ في الأمـرين مـــعـا

يعني أنّ التّعديل والتّجريح للشّاهد لا يثبت كلّ واحـد منهما (إلاّ بعدلين) مبرّزين قال الشّارح: هذا هو الّذي جرى به العمل ومضت به الأحكامّ، وإذا كان الفحص في ذلك من قبل القاضي فإنّه يقنع فيه بالواحد في الأمرين معًا، أعني في التّجريح والتّعديل.

أبين من الوجهين اللذين ساقهما الشارح وتبعه هذا الشارح فكان من حقهما نقل إذ هو المنجي مع الله تعالى إذ ما عـداه ربما لا ينجي لكثرة اتفاق الأسمـاء، فإذا انتفى الالتباس بالغـير تعين المعدل وذلك هو المطلوب فافهم.

قوله: **(إلاّ بعدلين إلخ)** ظاهره كظاهر الناظم أن التـجريح كـالتعديل لابدّ فـيه من التـعدد والتبريز ولا يجزئ ما دون ذلك. وصرح ابن الناظم في الشرح بقـوله: التعديل والتجريح للشهود لا يكون إلاّ بعدلين مـبرزين في كل واحد من الـوجهين، هذا هو الذي جرى به العـمل ومضت عليه الأحكام إلخ. وقال ابن ناجي على الـرسالة ما نصّه: لا يجوز تعديل النسـاء ولا تجريحهن، ولا يقبل فـي التزكيـة إلاّ من يقول عـدل رضا، ولا يقـبل في ذلك ولا في التجـريح واحد لأن التعديل والتجريح أمر ظاهر لا يخفى، فشـهادة واحد في ذلك ريبة، وكذا العدم لا يثبت بالشاهد واليمين وعلته ما ذكرناه، وذكر هذا أيضًا في شـرحه على المدونة في كتاب القضاء منها، وفي ابن الفاكهاني شـيء من هذا، بل قال ابن شاس في جواهره عن الأخوين ما نصّـه: ينبغي للحاكم أن يستكثر من العدول ولا يكتفي باثنين إلاّ في الفائقين في العدالة والعلم بالتعديل إلخ. وهو في ابن يونس وغيره. وذكـر في المجرح أيضًا لابدّ أن يكون يميز العـدالة أي ابن شاس، وفي الكافي عن ابن كنانة: لا يكون التعديل بأقل من ثلاثة إلخ. وفي الوثائق المجموعـة قال أحمد بن سعيد: ولا بأس أن يجرح في العداوة والخصومة من لا تقبل شـهادته إلاّ بتعديل، وكذلـك أيضًا يجرح في البـوائق والكبائر؛ لأنهـا إنما تكون أكـثر مـا تكون في البـائن وليس يعرف ذلك العـدول ولأجل الناس، وإنما شـرطوا في المجرحين التـبريز والعدالـة والعلم إذا جرحـوا مجمـلاً إلخ هذا لفظه. وقوله: إذا جرحوا إلخ وهو راجع لقوله والعلم فقط، ولكن هذا الأخير فيه خلاف قوي استوفيناه في الشرح ولم ننقـله لطوله، وأحمد بن سـعيد هو ابن الهندي ولكـن في تنبيه الحكام مـا نصّه: فرع: قـال ابن عتـاب: الذي أحاط به العلم وجـرى به الحكم في التـجريح بالعـداوة وإنما تكون بشهادة من يزكى من الشـهداء، ولا يشترط في ذلك أهل التبريز في العـداوة، وإنما يطلب التبريز في غيـر العداوة من وجوه التجـريح ولا أعلم في ذلك خلافًا، وهذا منه بلفظه، وقـد تحصل من

(ووجه ذلك خروجه) من باب الشّهادة إلى باب الخبر ولا خفاء بأنّ الشّهادة يشترط فيها التّعدّد مع العدالة وسائر ما يشترط في الشّاهد، وأنّ المخبر غير مشترط فيه التّعدّد فاكتفى في كلّ ما مرجعه إلى باب الخبر بواحد قال في المدوّنة: قال مالكٌ: «ولا يقبل في التّزكية أقلّ من رجلين وإن اقتضى القاضي رجلاً للكشف جاز أن يقبل منه ما نقل من التّزكية عن رجلين لا أقلّ من ذلك»، وقال سحنونٌ: «لا يجوز في التّزكية في العلانية إلاّ المبرّز النّافذ، الفطن الّذي لا يخدع في علمه، ولا يستزلّ في رأيه» ا هـ وفي كتاب ابن يونس قال ابن الماجشون: وكلّ ما يبتدئ القاضي السّؤال عنه والكشف من الأمور فله أن يقبل فيه قول الواحد، وما لم يبتدئه هو وإنّما يبتدأ به إليه في ظاهر، أو باطنٍ فلا بدّ من شاهدين فيه (وقال اللّخميّ): العدالة تثبت بشهادة رجلين إذا كان التّعديل من القائم بالشّهادة، واختلف إذا كان ذلك بمسألة من القاضي سأل من حضره، أو بمسألة من يكشفه سأل من حضره أو مضى إلى من يسألهّ فقيل لا يقبل أقلّ من رجلين؛ لأنّها شهادةٌ وقيل: واحدٌ؛ لأنّها من باب الخبر واستحسن اللّخميّ الأوّل. قال ابن رشد: السّؤال عن الشّهود في السّرّ هو تعديل السّرّ وهو ممّا ينبغي للقاضي أن يفعله ولا يكتفي بتعديل العلانية دونه، وله أن يكتفي بتعديل السّرّ دون تعديل العلانية، وتعديل السّرّ لا عذر فيه ويجزئ فيه الشّاهد الواحد، وإن كان الاختيار اثنين بخلاف تعديل العلانية. ومبرّزين أعربه بعضهم صفةً لاثنين وفيه الفصل بين الصّفة والموصوف بجملة كذاك تجريح.

ومن يزكّ فليقل عدلٌ رضا وبعضهم يجيز أن يبعّضا

هذا أن التجريح في العداوة لا يشترط في التبريز، وقد تبين أيضًا أن التعديل والتجريح لابدّ فيه من التعدّد والتبريز في غير التجريح بالعداوة كما تقدم، وأما في تعديل السر وتجريحه فلا يشترط في ذلك التعدد وهو قول الناظم والفحص إلخ.

قوله: (ووجه ذلك خروجه إلخ) في الكافي ما نصّه: فإن لم يعرف القاضي الشاهد بعدالة ولا بجرحة سأل عنه في السر، فإن شهد بعدالته عدلان قبل شهادته قال سحنون: ولا يجزيء بواحد وبه العمل، واختلف فيه قول مالك فمرة أجازه ومرة استحب أن لا يجتزئ به، ولا بأس للقاضي أن يتخذ مكشفًا قد ارتضاه يكشف عن أحوال الشهود في السر، ولا ينقل للقاضي إلاّ ما اتفق عليه عدلان ويقبل منه ما نقل إليه إلخ، وهذا منه بلفظه.

وفي المفيد ما نصّه: ومن الأحكام لابن بطال قال ابن حبيب عن الأخوين إنما يجوز التعديل سرًا إذا سأل القاضي عن ذلك لنفسه، ولا يقبل ذلك إلاّ من العدل البيّن العدالة العالم بوجوه التجريح إلخ وهذا منه بلفظه. ومن نوازل ابن رشد ما نصّه: وإنما كان تعديل السر أقوى من العلانية؛ لأن الشاهد قد يسأل التزكية فيستحي من التوقف عنها. قال ابن شبرمة: أنا أول من سأل في السر، كان الشاهد إذا أتى القوم ليزكوه استحيوا منه، وتعديل السر هو أن يبتدئ القاضي بالسؤال عن الشاهد من يظن أنه خبير بحاله من جيرانه وأهل خلطته ومكانه، أو يتخذ رجلاً يوليه السؤال عن الشهود فيقبل ما أخبر به وحده، ولا ينبغي له هو أن يكتفي بسؤال واحد خوف أن يكون بينه وبين الشاهد عداوة هذا لفظه. وفي ابن ناجي تزكية السر الواحد فيها كاف. وقال سحنون: لابدّ من اثنين كظاهرها وحمله بعضهم على الخلاف، قال ابن رشد: غير صحيح ومعناه مع الاختيار فلا خلاف في إجزاء الواحد مع السر إلخ. وفي الوثائق المجموعة ما نصّه: ولا

يعني أنّ التّزكيـة إنّما تكون بهذين اللّفظين معًا، وهو أن يقـول الشّاهد المزكّي بالكسر في المزكّى بالفتح هو عدلٌ رضًا، (وقال في المدوّنـة: لا يجزئ في التّعديل إلاّ القول بأنّهم عدولٌ مرضيّون). ا هـ. وهذا هو التّعديل التّامّ عند مالك وجميع أصحابه ونقل عن بعض المتأخّرين جواز الاكتفاء بقوله رضًا، ونقل عن سحنون أنّهُ إن اقتصر على قوله عدلٌ أجزأه، وعلى ذلك نبّه بقـوله: وبعضهم يجـيز أن يبعّضـا قالَ اللّخميّ: إذا علم منه بعـد المخالطة اجتناب الكذب، واجـتناب الكبائر، والوفاء بالأمـانة جاز أن يعدّله وإذا قال المعـدّل: عدلٌ رضًا صحّت العدالة، واختلف إذا اختصر علـى أحد الكلمتين فقال: عدلٌ أو قال رضًا هل يكون ذلك تعديلاً أو لا؟. والمسـألة على وجهين فـإن قال إحدى الكلمـتين ولم يسأل عن الأخرى فهو تعـديلٌ؛ لأنّ العدل ممّن يرضى للشّهادة والرّضا عدلٌ، وقـد ورد القرآن بقبول شهادة من وصف بإحدى الكلمتين، وإن وصف المعدّل بإحدى الكلمتين فسئل عن الأخرى فوقف كـان ذلك ريبةً في تعـديله، ويسأل عن السّبب في وقـوفه فـقد يذكر وجـهًا يريب فموقفٌ عنه ا هـ. ثمّ نقل الشّيخ عن أبي إسحاق الشّاطبيّ ما حاصله أنّ العدالة معتبرةٌ في كلّ زمانٍ بأهله وبحسبـه، فعدالة الصّحابة ﷺ لا تساويها عدالة التّابعين، وعدالة التّابعين

يجزئ في التعديل أقل من اثنين في مذهب ابن القـاسم عن مالك. وروى غيره إذا كشف القاضي في الباطـن رجلاً ثقة اجـتزىء بذلك، والحـزم في ذلك أن يكشف في الباطن كـشفًا خـفيًـا بعد التعديل في الظاهر بشاهدين وقيل بثلاثة احتـياطًا على أموال الناس وإبشارهم، وقيل: لا يجتزئ القـاضي في الباطن بأقل من رجـلين وبه القضـاء إلخ، وهذا منه بلفظه. وفي تبـصرة اللخـمي: واختلـف في قبول التـعديل بواحـد إذا كان ذلك بسـؤال من القاضي أو مكـشفه ولم يـكن أحد الخصمين هو الذي أتى به القاضي أو مكشفـه، ولا أرى اليوم أن يجتزأ بأقل من اثنين قولاً واحدًا اهـ. بلفظه. فضفه إلى مـا نقل عن سحنون وما ذكره من قضاة الزمان. وقـال المتيطي: ويستحب أن يكون التـجريح سـرًا لأن في إعلانـه أذى للشاهد، ومن حق الشـاهد والمشـهود له أن يعلمـا بالمجرح، فقد تكون بينه وبين أحدهما عداوة، أو بـينه وبين المشهود عليه عداوة، أو غير ذلك مما يمنع التجريح. واختـلف إذا كان الشاهد أو المشهود ممّن يتقى شرّه هـل يعلم بالمجرح أو لا؟ فقال سحنون يعلم، ثم قـال: دعني حتى أنظر. وقال أبي القاسم: إذا قـال المجرح نكره عداوة الناس جاز التجـريح سرًا. قال اللخمي: وقول سـحنون أحسن لفساد القضـاة اليوم اهـ. بلفظه. وقول اللخمي لفـساد القضاة اليـوم هذا في زمانه فكيف بمن بعده من الأزمـنة؟ فكيف بزماننا الذي هو حدود الثلاثين بعد مائة وألف؟ وبهـذه الإشارة تعلم اكتفاء القضاء بواحد في السـر تزكية وتجريحًا وعدم القدح في مزكي السرّ فإن ذلك لا يناسب زماننا، لأن القاضي ربما يقول عدل لي الشاهد أو جرح ولم يكن شيء من ذلك، فلذلك اعتمد الناس تزكية الظاهر وتجريحه وأهملوا ذلك في السرّ بحسب ما أدركنا عليه القضاة من شيوخنا برد الله أضرحتهم وأعلى منزلتهم، ومرادنا من هذا كله هو أن الوقت يعتبر انظـر ولابدّ ما كتبناه على قول المتن وتزكيةً وإن بحـد وتأمل ما قدمناه هنا عن الوثائق المجـموعة. قـوله: **(وقـال في المدونة: ولا يجـزئ في التـعـديل إلاّ القـول بأنهم عـدول مرضيون إلخ)** الجمع بين الوصفين هو الذي قال فيه في معين الحكام به جرى العمل وهو الراجح إن شاء الله تعالى، انـظره عند قول المختصر وتزكـية وإن بحد إلى آخر تلك المسـائل، وربما يفهم هذا من التحفة فافهم.

---

(١٧) جمع ضريح وهو القبر.

لا تساويها عدالة من يليهم، وكذلك كلّ زمان مع ما بعده إلى زماننا هذا، ولو فرض زمانٌ يعرى عنّ العدول جملةً لم يكن بدٌّ من إقامةِ الأشبه فهو العدل في ذلك الزّمان، وكذلك تعتبر في كلّ مكان بأهله فليست العدول في الحواضر كالعدول في البوادي انظر تمام كلامه إن شئت.

تنبيهٌ: تقدّم في شرح البيتين قبل هذا أنّه يشترط في المزكّي أن يكون مبرّزًا في العدالة فطنًا لا يخدع، وفي المواّق لا يزكّي الشّاهد إلاّ من خالطه في الأخذ، والإعطاء وطالت صحبته إيّاه في الحضر والسّفر، اللّخميّ ولا يقبل التّعديل بيسير المخالطة، ولا يقبل تعديله من غير سوقه ومحلّته فإن وقف أهل سوقه ومحلته عن تعديله فذلك ريبةٌ، فإن لم يكن فيهم عدلٌ قبل من سائر بلده، المتيطيّ: لا يزكّي الشّاهد إلاّ أهل مسجده وسوقه، وجيرانه رواه أشهب وقاله مطرّفٌ وابن الماجشون ولا يزكّي الشّاهد من شهد معه أو نقل معه شهادةً في ذلك الحقّ ا هـ. ويشترط في المزكّي أيضًا أن يكون معروفًا قال في المدوّنة: إن شهد قومٌ على حقٍّ فعدّلهم قومٌ غير معروفين وعدّل المعدّلين آخرون فإن كان الشّهود غرباء جاز ذلك، وإن كانوا من أهل البلد لم يجز؛ لأنّ القاضي لا يقبل عدالةً على عدالة. ا هـ. وكذلك إن أجار الشّهود نساءً فزكّاهنّ من ليس معروفًا وزكّى المزكّين آخرون جّاز ذلك أيضًا، وفي ذلك يذكر البيت المنسوب لسيّدي عبد الواحد الونشريسيّ - رحمه الله - وهو:

شهادةٌ على شهادةِ هبا إلاّ شهادة النّسا والغربا

وفي طرر شيخنا الإمام أبي محمّد سيّدي عبد الواحد بن عاشر - رحمه الله - نسبة هذا البيت لسيّدي عليّ بن هارون قال: وأصرح من هذا البيت قولي مصلّحًا له:

تعديلٌ احتاج لتعديلٍ هبا إلاّ مزكّي امرأةٍ أو غربا

والّذي كنت حفظته من لفظه رحمه الله إلاّ عدالة نسا أو غربا وهو أنسب بصدر البيت والله أعلم، أي: إلاّ تعديل النّساء والغرباء فإنّه يجوز تعديل من عدّلهم إن كان المعدّل غير معروف، والهباء ما يرى في الشّمس تدخل البيت من كوّة مثل الغبار، وليس له حسٌّ، ولا يرى فيّ الظّلّ قاله في الغريب للعزيزيّ، وهو في البيت المذكور كنايةٌ عن عدم اعتبار هذه الشّهادة، وأنّ وجودها كالعدم.

وثابت الجرح مقدّمٌ على ثابت تعديلٍ إذا ما اعتدلا

يعني أنّ الشّاهد إذا جرّحه قومٌ وعدّله آخرون واستوى الفريقان في العدالة، بحيث لم يكن أحدهما أعدل من الآخر فإنّ مثبت الجرح مقدّمٌ على من أثبت العدالة؛ لأنّ المجرّحين علموا من باطن حال الشّاهد المجرّح ما لم يعلمه المعدّلون الّذين شهدوا بظاهر أمره وقوله: «إذا ما اعتدلا» لفظة ما زائدةٌ أي: إنّما يقدّم التّجريح على التّعديل عند تساوي البيّنتين، وأمّا إن كان إحدى البيّنتين أعدل من الأخرى فهي مقدّمةٌ هذا ظاهره (وظاهر ما نقل الموّاق)

قوله: **(وظاهر ما نقل المواق)** فيه إيهام والراجح تقديم بينة التجريح مطلقًا، هذا هو الحق إن

عن ابن عرفة أنّهما قولان قيل: يقدّم الأعدل من البيّنتين، وقيل: تقدّم بيّنة التّجريح، ولفظ ابن عرفة إن اجتمع تعديلٌ وتجريحٌ فطرقٌ. روى ابن نافع عن مالك في الشّاهد يعدّله رجلان ويأتي المطلوب برجلين يجرّحانه فقال مالكٌ: ينظر إلى الأعدل من الشّهود فيؤخذ به، وقال ابن نافع المجرّحان أولى؛ لأنّهما زادا ويسقط التّعديل، وقاله ابن أبي حازم وسحنونٌ وقال: لو عدّله أربعةٌ وجرّحه اثنان والأربعة أعدل أخذت بشهادة المجرّحين؛ لأنّهما علما ما لم يعلمه الآخرون. ا هـ وإلى تقديم المجرّح أشار الشّيخ خليلٌ بقوله: بخلاف الجرح وهو المقدّم، ونقل الشّارح عن ابن رشد أنّ محلّ الخلاف إذا قال المعدّلون: هو عدلٌ جائز الشّهادة وقال المجرّحون: هو مسخوطٌ غير جائز الشّهادة، وأمّا إذا بيّن المجرّحون الجرحة فلا خلاف أنّ شهادتهم أعمل من شهادة المعدّلين وإن كانوا أقلّ عدالةً منهم ثمّ، قال: والقول بأنّ شهادة المجرّحين أعمل هو أظهر الأقوال وأولاها بالصّواب وعليه ذهب النّاظم.

وطالب التّجديد للتّعديل مع   مضيّ مدّة فالأولى يتّبع

يعني أنّ الشّاهد إذا شهد وزكّي ثمّ بعد مدّة شهد شهادةً أخرى فهل يحتاج إلى تجديد تزكية أخرى أو يكتفي بالتّزكية الأولى؟ قولانً، والأولى منهما اتّباع من طلب التّجديد وإجابتّه إلى ما طلبه، ابن رشد: المجهول الحال إذا عدّل مرّةً في أمر ثمّ شهد ثانيةً فقال سحنونٌ: يطلب تعديله كلّما شهد حتّى يكثر تعديله، ويشهد مطلقًا وقال ابن القاسم: يكتفي بالتّعديل الأوّل حتّى يطول سنةً (فلو طلب تعديله) بالقرب على قول سحنون، أو بالبعد على قول ابن القاسم فعجز عن ذلك لفقد من عدّله أوّلاً وجب قبول شهادته؟ لأنّ طلب تعديله ثانيةً إنّما هو استحسانٌ ابن عرفة: العمل قديمًا وحديثًا على قول سحنون نقله المواّق على قوله وإن شهد ثانيًا ففي الاكتفاء بالتّزكية الأولى تردّدٌ، وفي العتبيّة من سماع عيسى عن ابن القاسم: إن كان ذلك قريبًا من شهادته الأولى وتعديله فيها بالأشهر وما أشبهها، ولم يطل ذلك جدًّا فلا أرى ذلك، وإن كان ذلك قد طال رأيت أن يعذر فيه وأن يسأل عنه طلب ذلك المشهود عليه أو لم يطلبه، والسّنّة عندي في مثل هذا كثيرٌ طويلٌ؛ لأنّ في ذلك تغيير الحالات وتحدث الأحداث قال أصبغ: إلاّ أن يكون الرّجل المعروف بالخير المشهور الّذي لا يحتاج مثله إلى ابتداء السّؤال فلا يسأل عنه ثانيةً. ا هـ. والقرب في ذلك

شاء الله تعالى وبيّناه في شرحنا. وفي نوازل البرزلي ما نصّه: المشهور أن بينة الجرح أعمل لأنها اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى هذا لفظه وهكذا علّل غيره ممّن يكثر جلبه، وإذا كان الأمر كذلك فلا تعارض بين البينتين لأنه يمكن الجمع، وعليه فتصحّ البينة المجرحة مطلقًا وإن لم تصل إلى عدالة مقابلتها، وبتقديم التجريح على التعديل جرى العمل كما في المعيار وغيره ونقلنا هذا كله في شرحنا. قوله: **(فلو طلب تعديله إلخ)** فيه نظر مع كلام الناس إذ كثير منهم نص على أنه يحتاج إلى تزكية أخرى، وإن مات من زكاه أو غاب بحسب ظاهر كلامهم وإن كان بعضهم ذكر هذا وسلمه ابن عرفة ونقله وقد نقلنا كلام الناس. وقول هذا الشارح استحسان، زاد ابن عرفة بعده ما نصّه: والقياس الاكتفاء بتعديله أولاً ما لم يتهم بأمر حديث وهو قول الأخوين في الواضحة إلخ. وقوله: **(وقد تبين إلخ)** في التوضيح وغيره ما يدل على خلاف ولكن جلب ذلك يطول.

الأشهر وما دون العـام (وقد تبيّن) أنّ موضوع بيت النّاظم هو في الشّـاهد المجهول الحال، أمّا المعروف بالعدالة فلا يبحث عن تعديله؛ لأنّه من تحصيل الحاصل.

ولأخـيـه يـشـهـد المبـرّز إلاّ بما التّـهـمـة فـيـه تبرز

يعني أنّ الشّاهد يجـوز له أن يشهد لأخـيه إذا كان مبـرّزًا أي: سابقًا في العـدالة وقد تقدّم الكلام عليه، وأمّا غيـر المبرّز فلا يجوز أن يشهد لأخيه، وإنّمـا تجوز شهادة المبرّز[١٨] لأخيه إذا لم تلحـقه في ذلك تهمةٌ، (فإن لحقـته تهمةٌ مثل أن ينفي عن أخـيه وصمةً)، أو يدفع عنه بشهادته محنةً فإنّه في هذه الحالة كالشّاهد لنفسه لما يلحقه من قبل أخيه بذلك من المعرّة، وما يطرقه من إمكان التّساهل بما يدفع عنه، وحاصل الأمر أنّه يرجع إلى قوّة التّهمة

قوله: **(فإن لحـقته تهمـة مثل أن ينفي عن أخيه وصـمة إلخ)** من التهمـة أن يعدل أخاه وفي ذلك خـلاف، ومن في المختصـر على الجواز وهو قـوله بخـلاف أخ لأخ إن برز ولو بتعـديل، وظاهره شهد لأخيه بمال قليل أو كـثير، شهد بما فيه حمية أو لا، شـهد بحد أو لا، شهد بنكاح يتشرف به أو لا، وهو كذلك في الجميع عند كثير لأنهم حكوا مقابل هذا بقيل، والاتفاق المذكور هنا طريقة، وكلام اللخمي فيه طول، ونصّه شهادة الأخ لأخيه على تسعة أوجه في الأموال أو ما ليس بمال وهو ممّا يدرك فيه الحمية والغضب، أو ما يدفع به عن نفسه معرة، أو يكتسب بها حظوة ومنزلة، أو تعديله من شهـد له، أو تجريحه من جرحه أو من شهد عليـه أو تجريحه من جرح من شهد له، فلا تجوز شهادته له في ثلاثة في الحميـة، ولا فيما يكتسب به حظوة، ولا فيما يدفع به معرة، واختلف فـي شهادته له في الأموال على أربعة الجواز وعـدمه، وقيل: إن برز جازت وإلاّ فلا، وقيل إنما تجوز في اليسيـر. ثم قال: وأرى أن يرد في الكثير الذي يؤدي إلى شرفه، ولا ترد في الوسط إن برز ولا في اليسـير مع عدم التبـريز إلاّ أن يكون قد جرى بين المشهـود له والمشهود عليه مقابحة وما يدرك في مثله الحمية فـلا تجوز بحال، وإن كان أحد الأخوين في نفقة الآخر فلا تجوز شهادة المنفق عليه للمنفق، ويختلف في شهادة المنفق للمنفق عليه حسبما تقدم، إلاّ أن يكون نفقته عليه لفقره لئلا تدركه في ذلك ضيـعة أو معرفة فلا تجوز لأنه يدفع بشهادته مؤنة الإنفاق أو معرة الترك، وإن شهد له بنكاح امرأة وأنكرت فإن كان يشرف بمثلها أو علم تعلق نفسه بها أو لها يسار والمشهود له فقير لم تجز، وإن عريت عن هذه الوجوه التي يتهم في مثلها جرت على الخلاف المتقدم في المال فـتجوز وتمنع مع عدمه، ولا تجوز شـهادته له أن فلانًا قذفه لأنه يدفع بهـا معرة، ويختلف في شهادته له في جرح الخطأ لأنه مـال، واختلف في العمد، والمعروف من المذهب المنع لأنه ممّا يدرك في مثل الحمية، وأجازها أشهب في العتبية والأول أحسن إلى آخر كلامه وهو طويل جدًا، ومحصله ما فـيه تهمة لا يشهد له وما لا يشهد. وحكى تـلميذه المازري الاتفاق على عدم الشهادة فيما يكتـسب به شرفًا أو يدفع به معرة أو تقتضيه الحميـة، ورأى بعضهم أن المشهور عدم الجواز في جراح العـمد والكلام في التوضيح والمدار عـلى التهمة، ولذلك قال بـعض المحققين: المدار في هذا الباب التهمة، فحيث تحققت ردّت الشهادة، وحيث لم تظهر جازت، وقد أشار ابن مرزوق لشيء من هذا، ولكن لم ينتصر لما مرّ عليـه المصنف بحسب ظاهره، وقد استوفينا الكلام على المسألة فـي الشرح غاية، وأن مـا ذكره اللخمي وأتبـاعه ذهب كثـير على خـلافه وهو ظاهر

---

(١٨) المبرز: أي الذي فاقهم عدالة وفضلاً.

وضعفها، وشهادة الأخ لأخيه هي إحدى النّظائر الّتي يشترط في شاهدها أن يكون مبرّزًا. وقال ابن بشير: ستّةٌ لا يقبل فيها إلاّ العدل المبرّز: الشّهادة للأخ، وشهادة المولى لمن أعتقه قال ابن القاسم: ما لم يدفع بها عن نفسه شرًّا، أو يجرّ إليه بها منفعةً، والشّهادة للصّديق الملاطف، ولشريكه المفاوض في غير مال المفاوضة وإذا زاد في شهادته أو نقص بعد أدائها، والشّهادة في التّعديل، وزاد ابن رشد، والأجير لمن استأجره إن لم يكن في عياله، ومن سئل في مرضه شهادةً لتنقل عنه فقال: لا أعلمها ثمّ شهد بها واعتذر بأنّه خشي في مرضه عدم تثبّته فيها، وإلى هذه النّظائر أشار الشّيخ بقوله بخلاف أخٍ لأخٍ إن برّز (ولو بتعديل) وتأوّلت أيضًا بخلافه كأجيرٍ ومولًى، وملاطفٍ ومفاوضٍ في غير مفاوضة، وزائدٍ وناقصٍ، وذاكرٍ بعد شكٍّ، وتزكيةٍ.

والأب لابنه وعكسه منع ... وفي ابن زوجةٍ وعكس ذا اتّبع

ووالدي زوجةٍ أو زوجة أب ... وحيثما التّهمة حالها غلب

كحالة العدوّ والضّنين ... والخصم والوصيّ والمدي

(اشتملت الأبيات الثّلاثة) على ما يردّ من الشّهادة، ولا يقبل لثبوت المانع من قبولها وهي التّهمة، لأنّه معارضٌ لحصول شرطها الّذي هو العداوة، وقد عدّ بعضهم عدم المانع

المتن، ويدل على أن كلام اللخمي لم يمرّ عليه المصنف. قوله: **(ولو بتعديل)** وإن فيه شرفًا له كما في ابن ناجي وغيره، وإن اقتصر غير واحد من المحققين على ما قاله اللخمي، والحاصل أنّ كلام اللخمي ومن تبعه قوي غاية، وربما يكون هو الراجح وهو اللائق لفساد الزمان وضعف العدالة في أهله، وما مرّ عليه المصنف بحسب ظاهره هو الراجح على حسب ما يظهر من كلام كثير، ولكن يجب أن تراعى قوة التهمة بالمنع وضعفها بالجواز، وكلام اللخمي يصحّ أن يحمل عليه كلام المتن بالنظر لقوله ولا إن جر بها نفعًا، وقوله: ولا إن دفع إلخ. أي فيقيد إطلاقه هنا بما ذكره في غيره، وإنما لنا في هذا لكون المسألة في غاية الصعوبة باعتبار ما هو الرجح فيه، وإن أردت اطلاعك عليه بلا واسطة فعليك بالشرح ومن الله الفتح. وقول التحفة إلاّ بما التهمة فيه تبرز، هو قليل من كلام اللخمي لا يفي به قطعًا إلاّ إذا أريد القياس على ما ذكره في التحفة.

قوله: **(اشتملت الأبيات الثلاثة إلخ)** هذه مسائل كثيرة أشار لها في المختصر بقوله: ولا متأكد القرب كأب وإن علا، وأم وزوجهما، وولد وإن سفل لبنت وزوجهما، فقوله كأب حاصله أن الشاهد لأصوله كلها كان الجد لأب أو لأم، وكذا الجدات من قبل الآباء والأمهات، وقوله: أو ولد وإن سفل لبنت أي الفروع كلها كيفما كانت فروع ذكر أو أنثى، وعلى هذا فكل من يحرم نكاحه تحرم الشهادة له وذلك هو قول المختصر وحرم أصوله وفصوله إلخ. وقوله: وزوجهما أي زوجة الأب وزوج الأم وإن علوا، وقوله ثانيًا: وزوجهما أي زوجة الابن وزوج البنت على الوصف المذكور وإن سفلا، فزوج الأصول ذكرانًا وإناثًا كالأصول، وزوج الفروع ذكرانًا وإناثًا كالفروع بلا قيد أصلاً. قال ابن يونس: وأصل هذا كله إن كانت شهادته تجر نفعًا إلى من لا تجوز شهادته له فلم يجز ذلك ابن القاسم، فالحفيد لا يشهد لجده فكذلك لزوجة هذا الجد، لأن الشهادة لزوجة الجد المذكور تجر نفعًا للجد المذكور، بدليل أن الجد المذكور لا يشهد لزوجته لأنه يجر نفعًا لنفسه إلخ. وكذا لا يشهد لوالد زوجه أو ولده، بخلاف ولد زوجة ابنه أو أبيه مثلاً،

شرطًا، وعلى هذا القول فوجود المانع هو تخلّف شرط قال الشّارح: ولا خفاء في ظهور التّهمة في هذه المواضع الّتي عدّدها وهي شهادة الأب لأبنه، وشهادة الابن لأبيه، وهي الّتي عبّر عنها بقوله: «وعكسه منع»، وشهادة الرّجل لابن زوجته، وشهادة الرّجل لزوج أمّه وهي الّتي عبّر عنها بقوله: «وعكس ذا اتّبع»، وشهادة الرّجل لوالدي زوجته، أو زوجة أبيه وما نصّ عليه الشّيخ من هذه القضايا مساوٍ لما سكت عنه، فينبغي أن يحمل ما سكت عنه على ما نصّ عليه؛ لأنّه من قياس لا فارقَ، أو من القياس الجليّ فإذا قيل قد نصّ على الأب لابنه بقوله: «والأب لابنه وعكسه منع» فمثل ذلك البنت لأبيها وهو لها، والأمّ لابنها ذكرًا كان أو أنثى. وإذا قيل إنّه قد نصّ على ولد الزّوجة، وعلى زوجة الابن بقوله «وفي ابن زوجة وعكس ذا اتّبع» فمثلها: ابن الزّوجة، وابن الزّوج وبنته بالنّسبة للزّوجة، وزوج البنت بالنّسبة لوالديها، والزّوج للزّوجة، والزّوجة للزّوج من باب الأولى، وكذلك إذا قيل فإنّه نصّ على والدي الزّوجة بالنّسبة للزّوج، وزوجة الأب بالنّسبة إلى ولده ذكرًا كان أو أنثى بقوله «ووالدي زوجة أو زوجة أب» فمثلهم أيضًا والد الزّوج بالنّسبة إلى الزّوجة، وزوج الأمّ بالنّسبة إلى ولدها ذكرًا كان أو أنثى، وعلى الجملة بحيث يغلب حال التّهمة ويقرب حالة الظّنّة كحالة العدوّ في شهادته على عدوّه، والظّنين وهو المتّهم لمن يتّهم عليه (كالموضع) الّتي تقدّمت وسواها ممّا شهّر من ذلك التّمثيل، وشهادة الخصم على خصمه، (والوصيّ لمحجوره)، والمدين لمن له عليه دين وممّا يلحق بذلك تزكية كلّ واحد من هؤلاء

وهذا يؤخذ من قول المتن: ولا إن جر إلخ. بدليل ما قدمناه يعني وكذا، لأنا إذا قلنا لا يشهد فلان لفلان من أجل القرابة، وكذلك العكس في هذا كله وهو ظاهر، إذ القرابة هي المانع وهي مشتركة بينهما، وظاهر كلام المختصر هنا كان الشاهد مبرزًا أو لا كانت الشهادة في المال قلّ أو كثر، كانت الشهادة في تزكية أو تجريح من شهد عليه كان بين المشهود له والمشهود عليه إرث أم لا، كان المشهود له حرًا أو عبدًا مسلمًا أو كافرًا، لاعن في الولد أو لا، كان الولد منقطعًا عن والده أو لا، وهو كذلك في الجميع، وقد بيّنا هذا كله في الشرح بأنقال محررة والحمد لله رب العالمين، وقد لفقت هذا بقولي ما نصّه:

شهادة قد منعت من شاهدِ ... لمن ترى خذ وصفه واعتمد
أصوله فروعه مع زوجهم ... بلا تقيد لدى من قد فهم
وزوجة ووالد لزوجة ... أو ولد فخذ له انتبه

قوله: (كالمواضع إلخ) هذا يدل على قول أبي الحسن على التهذيب ما نصّه: قال مالك ويدخل في قول عمر لا يجوز شهادة خصم ولا ضنين ولا شهادة الأبوين والولد وأحد الزوجين للآخر اهـ. بلفظه: والراوي عن مالك هو ابن نافع كما في ابن عرفة. وقال الباجي على كلام عمر ما نصّه: قال ابن كنانة الخصم في الحديث الّذي يخاصم الرجل في الأمر الجسيم مثله يورث العداوة والحقد، فمثل هذا لا تقبل شهادته على خصمه في ذلك الأمر ولا في غيره إلخ، انظر شرحنا حول المتن ولا عدو ولو على ابنه إلخ. هذا أثر في الموطأ عن عمر كما في ابن عرفة ونسبه في التهذيب صدر كتاب الشهادات للنبي ﷺ وزاد فيه ولا جار لنفسه، وفسّره أبو الحسن بما صورته أن يكون له على رجل عديم دين فيشهد لذلك الرجل العديم بدين على رجل آخر، فهذا إذا شهد شهد لنفسه ليأخذ دينه اهـ. بلفظه، وبه تفهم ما في هذا الشارح. وقوله: (والوصي

الأصناف لمن شهد لمن يتّهم له، أو شهد على من يتّهم عليه قال المقري في كلّيّاته الفقهيّة: «كلّ من لا تجوز شهادته لرجل لا تجوز تزكيته لمن شهد له، وكلّ من لا تجوز شهادته على رجل لا تجوز تزكيته لمن شهد عليه». ا هـ ثمّ استظهر الشّارح على ما نقل النّاظم وما أشبه بنقول يطول سردها، واستطرد الكلام على ما يتعلّق بذلك وعلى مواضع الشّهادة وأطال في ذلك بنحو ثلاث ورقات ونصف فليراجعه من أراده.

وساغ أن يشهد الابن في محلّ مع أبيه وبه جرى العمل

يعني أنّه يجوز أن يشهد الابن مع أبيه على أمر واحد على ما جرى به العمل، في كلام الشّيخ إشعار بوجود الخلاف في المسألة؛ لأنّه يدلّ على أنّ في المسألة قولاً بالمنع لم يجر به عمل، ومعنى المنع أنّ شهادتهما معًا كشهادة عدل واحد وهو قول الشّيخ خليل، وشهادة ابن مع أب واحدة ابن رشد: الخلاف في شهادة الأب عند ابنه والابن عند أبيه، وشهادة كلّ منهما على شهادة صاحبه، وشهادة كلّ منهما على حكم صاحبه، وشهادة كلّ منهما مع شهادة صاحبه واحد. قيل: كلّ ذلك جائز وهو قول سحنون ومطرّف وقيل: غير جائز وهو قول أصبغ، وفرّق ابن الماجشون وهو تناقض. وأمّا تعديل أحدهما الآخر فلم يجزه أحد من أصحاب مالك إلاّ ابن الماجشون وفي ذلك بعد. ابن عرفة ما أدركت قاضيًا حفظه الله من تقدّم ولده أو قريبه إلاّ قاضيًا واحدًا جعلنا الله ممّن علم الحقّ وعمل به، ولبعض شيوخ الشّورى بقرطبة شهادة الأخوين في حقّ واحد لرجل جائز، وليسا كالابن مع أبيه. ا هـ. فقول ابن رشد: «وشهادة كلّ منهما مع شهادة صاحبه هي مسألة النّاظم» وقد حكى فيها مع ما ذكر معها قولين، وقد ذكر الفقيه المحصّل النّوازلي آخر قضاة العدل بالبادية أبو سالم سيّدي إبراهيم بن عبد الرّحمن الجلالي في تأليفه المسمّى بالمسألة الأمليسيّة في الأنكحة الأغريسيّة ما حاصله أنّ شيخه وشيخي أهل ذلك العصر الفقيهان سيّدي يحيى

لمحجوره) هذا كلام مجمل قال في التهذيب ما نصّه: ولا تجوز شهادة الوصي بدين للميت إلاّ أن يكون الورثة كبارًا عدولاً، وكان لا يجر بشهادته شيئًا يأخذه هو فشهادته جائزة، قال مالك: وإن شهد الوصي لورثة الميت بدين لهم على الناس لم تجز شهادته لهم لأنه هو الناظر لهم إلاّ أن يكونوا كبارًا عدولاً وهم بحال رشد يلون أنفسهم فتجوز شهادته لهم لأنه لا يقبض لهم شيئًا وهم يقبضون لأنفسهم إذا كانت حالتهم مرضية اهـ. بلفظه: فكتب عليه أبو الحسن ما نصّه: أسقط ابن يونس لفظ عدولاً من الموضعين ولعله تبع في ذلك أبا محمد، وقوله: وكان لا يجر إلخ لا يحتاج إليه لأنهم خرجوا من ولايته إلخ. وأما شهادة الوصي على الميت فجائزة كما في المقرب وذلك ظاهر. وفي نوازل الأقصية والشهادات من المعيار ما نصّه عن ابن الحاج: وإذا يكن للشاهد إلاّ الإشراف بنفسه والمشاركة برأيه في أمر الأيتام دون قبض شيء من المال ودفعه فشهادته غير مردودة هذا لفظه. وقد قال ابن شاس: وألحق بالجار لنفسه شهادة الوصي بدين للميت إن كان يلي ما يقتضي منه هذا لفظه. وفي ابن عرفة ما نصّه: وفي أوائل الثلث الأخير من أجوبة ابن رشد شهادة المشرف لمن يشرف عليه جائزة إذا لا تهمة في ذلك إلخ. وقال أيضًا ما نصّه الجلاب: لا تجوز شهادة الوصي لمن يلي عليه. وعن مالك في شهادة الوصي على من يلي عليه روايتان اهـ. بلفظه. زاد الباجي: الأشهر الجواز وهو في المفيد، وفي الكافي وهو الصواب إلخ. فانظر كلام الباجي والكافي فإنه مخالف لما في المدونة والمعتبر هو ما في المدونة، ويقول ابن شاس: تعرف

السرّاج وسيّدي عبد الواحد الحميديّ اختلفا في شهادة الأب مع ابنه، ووقع فيها تنازعٌ عظيمٌ فأفتى السرّاج بقول الشّيخ خليلٍ وشهادة ابنٍ مع أب واحدةٌ وحكم الحميديّ بقول ابن عاصمٍ وساغ أن يشهد الابن في محلّ البيت حتّى آل الأمرّ أن رفعت المسألة للسّلطان إذ ذاك مولايّ أحمد، ووقع الاجتماع عليها بين يديه بالدّيوان من فاس الجديد فخرج الحكم بما حكم به القاضي من العمل على قول ابن عاصمٍ رحم الله الجميع بمنّه قال: وكان السرّاج المذكور يقف مع لفظ المختصر وما به الفتوى فيه ولا يتعدّى ذلك بوجه، (وكان القاضي الحميديّ) لا يقف مع ذلك لعلمه بالصّناعة التّوثيقيّة وتدريبه معها بالمباشرة للعمل. ا هـ.

وزمن الأداء لا التّحمّل صحّ اعتباره لمقتضٍ جليّ

يعني أنّ المعتبر في قبول الشّهادة من الشّاهدين زمان أدائها لا زمانٍ تحمّلها، فإذا تحمّلها كافرًا أو فاسقًا أو عبدًا، أو صبيًّا وأدّاها وهو مسلمٌ، أو عدلٌ، أو حرٌّ، أو بالغٌ فإنّ شهادته تقبل؛ لأنّه في زمان الادّعاء أهلٌ لقبول الشّهادة، وهذا ما لم يشهد واحدٌ منهم قبل زوال المانع، فردّ القاضي شهادته ثمّ شهد بعد زوال المانع فإنّ شهادته لا تقبل.

(قال في المقرّب) قال ابن القاسم: وإذا شهد الصّبيّ بشهادة، أو العبد، أو النّصرانيّ فردّت ثمّ كبر الصّبيّ، أو عتق العبد أو أسلم النّصرانيّ، ثمّ شهدوا بها لم تجز، وإن لم تكن ردّت قبل ذلك جازت. ا هـ فقوله وإن لم تكن ردّت قبل ذلك جازت، هي مسألة النّاظم، ولذلك قال المقري في كلّيّاته الفقهيّة: «كلّ من ردّت شهادته لمانع لم تقبل عند زواله». ابن عرفة: موانع الشّهادة التّهمة على زوال نقص عرضٍ. فمن المدوّنة: إن شهد صبيٌّ، أو عبدٌ، أو نصرانيٌّ عند قاضٍ فردّها لموانعهم لم تجز بعد زوالها أبدًا، أشهب من قال لقاضٍ يشهد لي فلانٌ العبد، أو النّصرانيّ، وفلانٌ الصّبيّ فقال لا أقبل شهادتهم ثمّ زالت موانعهم قبلت شهادتهم؛ لأنّ قوله ذلك فتيا لا ردٌّ، ا. هـ. (والأداء عرفًا) قال ابن عرفة: إعلام الشّاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به، وإعلام مصدرٌ مضافٌ

هذا الفرع داخل في قول المتن ولا إن جر بها إلخ فافهم. قوله: **(وكان القاضي الحميدي إلخ)** كأن الجماعة أغفلوا قول المتيطي ما نصّه: وإذا شهد والد وولده وهما عدلان فشهادتهما شهادة واحدة وبه جرى العمل وقيل هما بمنزلة شاهدين إلخ وهذا منه بلفظه، وما ذكره المتيطي هو لابن فتوح في الوثائق المجموعة غير أنه قال: وبه جرى العمل أي كون شهادتهما شهادة واحدة وقيل هما بمنزلة شاهدين وهو أقيس إلخ، وناهيك بهذين الشيخين، نعم قال ابن سلمون: والمفيد فيهما ما ذكره صاحب التحفة وكذا ابن فرحون وابن راشد، فالمصنف مرّ على ما به العمل أيضًا وهو كلام المختصر وعليه اقتصر في المنتخب، وبهذا تعرف أن الكمال لله تعالى، وأن أفراد الفروع كثيرة لا تنحصر لزمام فافهم هذا وخذه عدة يقل اعتراضك على الفقهاء، نعم مقابل ما في المختصر هو الأقيس كما رأيته، وهو الأعدل أيضًا كما في معين الحكام مع كونه أبعد التهمة ومع كون ما علّل به ما في المختصر بحث فيه قف عليه إن شئت عند قول المختصر: وشهادة ابن مع أب واحد إلخ.

قوله: **(قال في المقرب إلخ)** هذا قول صاحب المختصر، ولا إن حرص على إزالة نقص فيما ردّ فيه لفسق أو صبًا أو رق إلخ. قوله: **(والأداء عرفًا إلخ)** قف على ابن عرفة والرصاع في هذا

للفاعل والحاكم مفعولٌ ولم يقل القاضي؛ لأنّ الحاكم أعمّ من ذلك وبشهادته متعلّقٌ بإعلام وبما يحصل يحتمل تعلّقه بإعلام فتكون الباء الثّانية سببيّةً أو للتّعدية، ويكون المجرور بدلاً، ويحتمل تعلّقه بشهادة وبما شهد به متعلّقٌ بالعلم وضمير له يعود على الشّاهد. قال في النّوادر لأشهب: قوله: «هذه شهادتي أداء» قال: والأظهر أنّ الإشارة المفهمة في ذلك تكفي وشاهدت بعض الموثقين أدّاها إشارةً فلم يقبلها منه من أدّاها إليه. ا هـ والتّحمّل تحصيل علم ما يشهد به بسبب اختياري، وهو مأمورٌ به شرعًا؛ لأنّه فرض كفاية، والتّعبير بالعلم يدلّ على أنّه لا يجوز مع غيره من شكّ أو وهم، وقد يكون علمًا قطعيًّا، وقد يكون فيه غلبة الظّنّ (فالمراد بالعلم) هنا الاعتقاد، وقد يحصل العلم القطعيّ بقرائن، وقد يحصل بغلبة الظّنّ كذلك، فقوله: «بسبب اختياري» أخرج به علمه دون الاختيار كمن قرع سمعه صوتٌ مطلقٌ من غير اختيار، فإنّه لا يسمّى تحمّلاً وقوله: «ما يشهد به فصل» أخرج به ما لا يشهد به كالعلم بأمور ليست متعلّقةً بشهادة وقول النّاظم: «المقتض جلي» أي ظاهر قال بعض من شرحه؛ لأنّ الشّهادة إنّما تظهر فائدتها ويعمل بمقتضاها بالأداء فإن لم تؤدّ كانت كالعدم فلذلك اعتبر زمن الأداء لا زمن التّحمّل. ا هـ.

فصل في مسائل من الشهادات

ذكر في هذا الفصل مسائل من باب الشّهادة ممّا يتكرّر وقوعه غالبًا

ويشهد الشّاهد بالإقرار ... من غير إشهاد على المختار

بشرط أن يستوعب الكلاما ... من المقرّ البدء والتّماما

يعني أنّه يجوز للشّاهد أن يشهد بإقرار من سمعه يقرّ على نفسه بما يلزمه بسبب حكم ماليٍّ وبدنيٍّ وإن كان المقرّ لم يشهده بذلك، ولم يقل له اشهد عليّ، ولكنّ ذلك بشرط أنْ يستوعب الشّاهد كلام المقرّ من أوّله إلى آخره؛ لأنّه إذا لم يستوعبه قد يفوته منه شيءٌ لو سمعه لم يشهد عليه لما تضمّن من نقض أوّله لآخره أو بالعكس. قال في المدوّنة: قال مالكٌ: وإن سمع رجلٌ رجلاً يطلّق زوجته يقذف رجلاً فليشهد بذلك وإنْ لم يشهده، وعليه أن يخبر بذلك من له الشّهادة ويشهد في الحدود بما سمع إن كان معه غيره، (قال ابن يونس خوف أن يقول) له المقذوف كذبت لم يقذفني وإنّما عرضت أنت بقذفي فيحدّه، قال ابن القاسم: وسمعت مالكًا يقول قبل ذلك فيمن مرّ برجلين يتكلّمان في أمرٍ فسمع منهما

ولا بدّ وقف على شرحنا لقبول المتن: والتحمّل إن افتقر إليه إلخ. قوله: **(فالمراد بالعلم إلخ)** ابن عرفة لا يتمجز في التعبير بحسب ما اعتيد منه، ولذلك اعترض عليه هنا بالظن والاعتقاد هو جزم ولذلك قالوا في حد المعرفة هي الجزم المطابق عن دليل، فقولهم الجزم أخرجوا به الظن والشك والوهم، والمطابق أخرجوا به الجزم غير المطابق كاعتقاد النصارى في عيسى على نبينا وعليه الصلاة والسلام، وكلام هذا الشارح غير موافق للاصطلاح المشهور من أن الاعتقاد لا يدخل فيه الظن فافهم. قوله: **(قال ابن يونس خوف أن يقول إلخ)** هذا اعترضه ابن الناظم وتركه هذا الشارح وذلك لا ينبغي. قوله: **(قال ابن هشام إلخ)** عبارة ابن هشام هي قول ما نصّه في ذلك روايتان

شيئًا ولم يشهداه، ثمّ طلب أحدهما تلك الشّهادة قال: لا يشهد له، قال ابن القاسم: إلاّ أن يستوعب كلامهما من أوّله إلى آخره إذ قد يكون قبله، أو بعده كلامٌ يبطله، (قال ابن هشام) في مفيده: وبه العمل، وفي ابن الحاجب في عدّ موانع الشّهادة السّادس: الحرص على الشّهادة في التّحمّل كالمختفي ليتحمّلها لا يضرّ على المشهور.

(وقال محمّدٌ: إذا لم يكن المشهود عليه خائفًا أو مخدوعًا) التّوضيح المشهور أنّ ذلك لا يقدح، وبه قال أشهب وعيسى بن دينار، وعامّة أصحاب مالك، وأكثر أهل العلم. ومقابل المشهور إمّا مبنيٌّ على القول بأنّه لا يجوز حتّى يقول المشهود عليه للشّاهد اشهد عليّ، وهو قول مالك، وإمّا مبنيٌّ على القول بجوازها لكن يرى الاختفاء يضرّ بها، ابن رشد وهو قول سحنونٍ، وقول محمّد تقييدٌ للمشهور، بل هو من تمامه. ففي الموّازيّة قال مالكٌ في رجلين قعدا لرجلٍ وراء حجاب ليشهدا عليه قال: إن كان ضعيفًا، أو مخدوعًا، أو خائفًا لم يلزمه، ويحلفُ ما أقرّ إلاّ لما يذكر، وإن كان على غير ذلك لزمه ولعلّه يقرّ خاليًا ويأبى من البيّنة، فهذا يلزمه ما سمع منه، قيل: فرجلٌ لا يقرّ إلاّ خاليًا هل أقعد له بموضعٍ لا يعلم للشّهادة عليه؟ قال: لو أعلم أنّك تستوعب أمرهما ولكن أخاف أن تسمع جوابه لسؤاله، ولعلّه يقول له في سرٍّ ما الّذي لي عليك إن جئتك بكذا؟ فيقول: عندي كذا

إحداهما يشهد إذا كان يستوعب ذلك واختار هذا القول ابن القاسم وبه العمل إلخ. وفي نقل ابن الناظم له شيء موهم والمذهب مضى شهادة المختفي ولو كان غير مبرز وغير هذا لا عبرة به، وقد بيّنا ذلك في الشرح.

قوله: **(وقال محمد: وإذا لم يكن المشهود عليه خائفًا أو مخدوعًا إلخ)** مع قوله: وقول محمد تقييد للمشهور إلخ، كلام محمد ذكره ابن شاس وابن عبد البر وابن هشام في مفيده وابن رشد والظاهر من كلامهم أنه تقييد، وما في هذا الشارح هو التوضيح، ولكن لم أقف على من صرح بذلك غيره مما ينقل عنه ولما نقله ابن رشد قال بعد أن ذكر كلامًا في شهادة المختفي ما نصه: ولو أنكر الضعيف الجاهل الإقرار جملة للزمته الشهادة عليه به، وإنما يصدق عنده أي ابن القاسم مع يمينه إذا قال إنما أقررت لوجه كذا مما يشبه وبالله تعالى التوفيق اهـ. بلفظه من بيانه، وقد تكلم على هذا في المقدمات والبيان وأجاد، فإطلاق هذا الشارح تاركًا لكلام ابن رشد معترض غاية، وعبارة الكافي ما نصه: وشهادة الأعمى جائزة، وشهادة المستتر إذا عرف الصوت مثل ذلك، ولا ينبغي لأحد دعي إلى الاستتار بالشهادة أن يجيب إليه إلاّ أن يضطر، فإن ابتلي بذلك فلا يشهد حتى يستوفي آخر الكلام من المقرّ وأوله ويشهد للذي دعاه إليه، وإن كان المقرّ ضعيفًا أو مختدعًا أو مروعًا لم تقبل شهادتهم عليه وعليه اليمين أنه ما كان إقراره إلاّ لبعض ما ذكرناه، وإن لم يكن ذلك ثبت عليه الحق لأن من الناس من يقرّ في الخلا ولا يقرّ في الملا، ومن عرف ذلك منه جاز أن يستتر له ليسمع بإقراره اهـ. بلفظه. وفيه تنبيهات تعجب اللبيب المخالط الأريب. وقول التحفة «بشرط إلخ» فيه خلاف ولكن الراجراجي حكى الاتفاق على هذا القيد وهو يقوي ما في التحفة، وبه قيد أبو الحسن المدونة قائلاً: إن قول ابن القاسم تقييد وذلك هو بشرط استيعاب الكلام، ومالك أطلق في الجواز فجعل قول ابن القاسم تقييدًا لقول الإمام، وقال

فإن قدرت أن تحيط بسرّهم فجائزٌ. ا هـ. انظر الباب الثّامن والثّلاثين من القسم الثّاني من تبصرة ابن فرحون في القضاء بشهادة الاستغفال قال في آخره. تنبيهٌ: وحيث أجزنا شهادته فلا يكون من بابِ الحرص على التّحمّل، قاله ابن رشد، وينبغي للشّاهد النّبيه أن يرفع نفسه عن أن يختفي ليشهد، وهذا فيما لم يندب إليه ولا فرض عليه، فإن فعل فقد فعل ما لا يليق بالفضلاء ولا يختاره العقلاء ا هـ وانظر قوله، وحيث أجزنا شهادته فلا يكون من باب الحرص على التّحمّل (مع كلام ابن الحاجب المتقدّم، فإنّه صريحٌ في أنّها من الحرص على التّحمّل) والله أعلم.

وما به قد وقعت شهاده وطلب العود فلا إعادة

يعني إذا شهد الشّاهد بحقٍّ فتحمّل الشّهادة وكتبها، ثمّ جاءه صاحب الحقّ وطلب منه إعادة الشّهادة، إمّا بأن يكتب له رسمًا آخر بذلك لزعمه ضياع الرّسم الأوّل، أو طلب منه أداء الشّهادة عند القاضي من غير كتب فإنّه لا يجيبه إلى ذلك لما يخشى في ذلك من تكرار الحقّ على المشهود عليه بذلك، وهذا ظاهرٌ إذا كتب له رسمًا ثانيًا، وكذا إن أدّى فحكم على المشهود عليه، ثمّ ظهر الرّسم الّذي كتب له أوّلاً قوله: «وطلب العود» يشمل العود للكتابة، والأداء قال الشّارح: ولكن لا بدّ أن تكون الشّهادة الّتي يمنع من إعادتها ممّا يتضمّن حقًّا يتكرّر بإعادتها، ففي كتاب الاستغناء قال ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن أشهد في كتاب ذكر حقٍّ، ثمّ ذكر أنّه ضاع وسأل الشّهود أن يشهدوا بما حفظوا فلا يشهدوا وإن كانوا حافظين لما فيه خوفًا أن يكون قد انقضى ومحي الكتاب، (فإن جهلوا، وشهدوا بذلك قضى به). وقال مطرّفٌ: يشهدون بما حفظوا إن كان الطّالب مأمونًا وإن لم يكن مأمونًا فقول ابن الماجشون أحبّ إليّ، ولم يتعرّض الشّيخ لحكم ما إذا جهل الشّهود، وأعادوا الشّهادة؛ لأنّه لم يقصد استيفاء النّقل، ولا قول مطرّف لندور المأمون بل اقتصر على ما يلزم الموثّق من التّحفّظ. ا هـ. كلام الشّيخ. وفي الفصل الأوّل من الباب الخامس عشر من الفائق لسيّدي أحمد الونشريسيّ أنّه إذا أدّى الشّاهد شهادته عند القاضي، فلا يلزمه أداءٌ ثانٍ، لا عند ذلك القاضي، ولا عند غيره إذا أدّى على نصّ الرّسم، ولا إجمال في شيء من فصوله، وفي أثناء جوابٍ لسيّدي عبد الله العبدوسيّ ما نصّه: ولا يلزم الشّاهد أن

عياض في تنبيهاته: الأكثر أن قول ابن القاسم تقييد وقد صحّ كلام التحفة أعني قولها بشرط إلخ.
قوله: **(مع كلام ابن الحاجب المتقدم فإنه صريح في أنها من الحرص على التحمّل إلخ)** بل هو في ابن شاس حيث قال ما نصّه: السبب السادس الحرص على الشهادة وذلك في التحمل والأداء والقبول. أما الحرص على التحمّل فمثل أن يجلس مختفيًا في زاوية لتحمل شهادة إلخ، وهذا هو قول المختصر بخلاف الحرص على التحمّل كالمختفي أي فذلك لا يضرّ الشهادة وبذلك تفهم الحق في المسألة. قوله: **(فإن جهلوا وشهدوا بذلك قضى به)** هذا في ابن سلمون ولكن تأمله مع تعليلهم هنا عدم إعادة الشهادة والنقل في هذا رأيته عمل هو في هذا الشارح، وإنما يناسب هذا المضي قول مطرف بأن إعادة الشهادة تجوز للمأمون، ولكن المضي قال به ابن الماجشون القائل بعدم جواز الإعادة، وقول ابن الماجشون به عمل الموثقين لما يخشى في ذلك من تكرار الحق على المشهود عليه كما في ابن الناظم.

يؤدّي شهادته مرّتين، إذ ذلك إضرارٌ به والله تعالى يقول: ﴿ولا يضارّ كاتبٌ ولا شهيدٌ﴾ [البقرة:٢٨٢] نقله في السّفر الخامس في نوازل الشّهادة، وإلى هذه المسألة بوجهيها أعني طلب الكتب والأداء وقوليها من المشهور وقول مطرّف أشار الإمام سيّدي عليّ الزّقّاق بقوله في قصيدته اللاميّة الّتي في المسائل المتكرّرة الوقوع منّ أحكام القضاء حيث قال:

ومن يبتغي تكرير كتبك رسمه لزعم ضياعٍ أو أداءً فأهملا
وإلاّ وقد ودّيته تمض مطرفٌ إذا كان مأمونًا فكرّر وإلاّ فلا

تنبيهٌ: تقدّم أنّ هذا فيما يخشى فيه تكراراً لحقٍّ على المشهود عليه، وذلك كالدّين، والوصيّة، والكتابة، وفي ذلك ما وجدت بخطّ بعض شيوخنا رحمه الله.

دينٌ وصيّةٌ كتابةٌ دما لا نسخ في رسومها قد علما

وصورة الدّماء كما إذا شهد في وثيقة أنّ فلانًا جرح فلانًا جائفًا[١٩]، فإذا نسخ الرّسم توهّم أنّه جرحه جائفتين ونحو ذلك والله أعلم.

وشاهدٌ برّز خطّه عرف نسي ما ضمّنه فيما سلف
لا بدّ من أدائه بذلك إلاّ مع استرابةٍ هنالك

هذا شروعٌ من النّاظم - رحمه الله - في الكلام على الشّهادة على الخطّ وقد ذكرها ابن فرحون في تبصرته في الباب الرّابع والثّلاثين من القسم الثّاني من التّبصرة، وهو كما قال ابن الحاجب: في ثلاثة مواضع أحدها: الشّهادة على خطّ نسيه المتضمّن للشّهادة على غيره، وهو الّذي بدأ به النّاظم هنا، الثّاني: الشّهادة على خطّ الشّاهد الميّت، أو الغائب، وهو الآتي للنّاظم بعد هذا، الثّالث: الشّهادة على خطّ المقرّ المنكر أنّ ذلك الخطّ خطّه وهو الآتي في قول النّاظم وكاتبٌ بخطّه ما شاءه البيتين، فقوله: «وشاهد» البيتين يعني أنّ الشّاهد إذا عرف خطّه في وثيقةٍ ونسي ما تضمّنته الوثيقة، واشتملت عليه فإنّه يعتمد على

قوله: (قال الشارح وهل يحمل إلخ) قال ابن فرحون في تبصرته بعد ذكره كلامًا ما نصّه: أما إذا كانت الوثيقة كلها بخط الشاهد وشهادته في أسفلها وهو يعرف خطه ولم يرتب غير أنه لا يذكر الشهادة فحكى ابن يونس الاتفاق في مذهب مالك على جواز الشهادة وإن لم يذكرها، وفي المدونة ما يدل على خلاف ذلك وأنه لا يشهد بذلك اهـ. من التنبيه لابن المناصف اهـ. بلفظه. وقوله: لا يذكر الشهادة مراده المشهود به أي لم يذكر الحكاية كما دلّ على هذا كلامهم. وقال الرجراجي في مناهجه ما نصّه: فأما الرجل إذا عرف خطه في الكتاب ونسي الشهادة ولم يذكرها ولا عقل عليها فهل يشهد أم لا؟ فالمذهب على أربعة أقوال: أحدها: أنه لا يشهد ولا يرفعها جملة وهو قول ابن القاسم وابن نافع وأصبغ وغيرهم من أصحاب مالك في العتبية والموازية والواضحة. والثاني: إذا لم يسترب في الكتاب محواً ولا حكًا ولا بشرًا فإنه يرفعها ويشهد وينتفع بها المشهود وهو قول سحنون في العتبية. والثالث: أنه يرفعها للحاكم ويؤديها كما علم ثم لا

---

(١٩) جائفًا: أي صارعًا له ومفزعًا.

ذلك، ويؤدّي شـهادته عند القـاضي إلاّ إذا وجد في الصّكّ ريبـةٌ من محوٍ أو بـشرٍ، ولم يعتذر عنه فلا يؤدّيها حينئذ.

(قال الشّارح وهو يحـمل) قوله: «خطّه عرف» على معرفة الشّـاهد خطّه في الشّهادة وحدها أو في الشّهادة والوثيقـة معًا، هذا ممّا يحتمل، والظّاهر أنّ قصده فيهـما معًا لقوله: «نسي ما ضمّنه» يعني ممّا اشـتملت عليه الوثيقة، فدلّ على أنّ الوثيقـة كلّها بخطّ الشّاهد، وقوله لا بدّ من أدائه بذلك وهل على أنّ القـاضي يحكم بها، أو يؤدّيها الشّـاهد ولا ينتفع بها صاحـبها هو محتملٌ أيـضًا، والظّاهر أنّه قصد أنّه ينتفع بهـا قال في المدوّنة: إذا عرف الشّاهد خطّه في كتاب، فـلا يشهد حتّى يذكر الشّهادة، ويـوقن بها ولكن يؤدّي ذلك كما علم، ثمّ لا ينفع الطّالب سحنونٌ: اختلف في هذا أصـحابنا، وقولي إذا لم ير في الكتاب محوًا، ولا لحقًـا ولا ما يستنكره فليشهد بما فيـه، وهذا أمرٌ لا يجد النّاس منه بدًّا، وإن لم يذكر من الكتاب شيـئًا ابن يونس إنّما قال ابن القاسم: يرفع شـهادته؛ لأنّه قد يرى الحاكم إجازتها على قول من يجـيز ذلك. ا هـ. وفي التّوضيح: عن البيان في هذه المسـألة خمسة أقوال، الأوّل: أنّها شهـادةٌ جائزةٌ يؤدّيها ويحكم بها، والثّاني: أنّها غـير جائزة لا يؤدّيها، ولا يحكم بها، والثّـالث: أنّها غيـر جائزة إلاّ أنّه يؤدّيها ولا يحكم بهـا، والرّابع: أنّها إن كانت في كاغد لم يجز له أن يشهـد وإن كانت في رقٍّ جاز له أن يشهد قال: يريد - واللّه أعلم - إذا كانت الشّهادة في مطلق الرّقّ ولم تكن على ظهـره؛ لأنّ البشر في ظهره أخفى منه في الكاغد[٢٠]، والخامس: إن كان ذكر الحقّ، والشّهـادة بخطّه جاز أن يشهد وإن لم يكن بخطّه إلاّ الشّهادة لم يشهد، ثمّ قال: وصوّب جـماعةٌ أنّه يشهد إن لم يكن محوٌ ولا ريبةٌ، فـإنّه لا بدّ للنّاس من ذلك لكثرة نسيان الشّاهد المنتـصب، ولأنّه لو لم يشهـد حتّى يذكرها لما كان لوضع رسم خطّه فائدةٌ.

ينتفع بها المشهود له وهو قول مـالك في المدونة. والرابع: التفصيل بين أن يكون الكتاب بخط يده أو بخط يد غيره، فإن كان جميع الكتاب بخط يده وأثبت خطه ولم يستنكر في الكتاب محواً ولا بشراً ولا لحاقًا فشـهادته جائزة وإن لم يرفع الشهادة، وإن كان الكتاب بخط غـيره فلا يشهد وهو قول ابن نافع في المجموعة، وهذا القول أشبه في النظر ولا سيما في وقتنا هذا، لأن الغالب على الناس النسـيان، فإذا حـقق أنه خطه وكـان ممّن لا تشتبـه عليه الخطـوط شهد إلاّ أن تدخلـه ريبة فيـتوقف إلخ، وهذا كله منه بلفظه. فأنت تراه فـصل واختار وفـصل تبعًا لغيـره، ولكن قال أبو الحسن على قولها في كتاب القضاء، وإذا عرف الشاهد خطه في كتاب فيه شهادته فلا يشهد حتى يذكر الشهـادة ويوقن بها ولكن يؤدي ذلك كما علم ثم لا تنفع الطالب مـا نصّه التفرقة بين كـتبه الرسم والوضع أو الوضع فقـط استحسـان على المعنى الذي ذكرناه هذا الخط رسم يدرك بحـاسة البصر أم لا إلخ، وساق ابن الناظم هذا الاستحـسان إلخ. وقوله وهو قول سحنون ظاهره أن هذا لسحنون وحده وليس كذلك، قال ابن رشد في البيـان ما نصّه: وأمّا شهادة الشاهد على خطه إذا

(٢٠) الكاغد: هو القرطاس والصحيفة التي يكتب فيها.

تنبيهٌ: معنى اشتراط انتفاء المحو والرّيبة إذا لم يكن معتذراً عنه في الوثيقة، وإن كان معتذراً عنه فهو من زينة الوثيقة على ما قاله بعض كبار الشّيوخ. ا هـ من التّوضيح (وفي المختصر) لا علم خطّ نفسه حتّى يذكرها وأدّى بلا نفعٍ، ولم أقف الآن على من اشترط في هذا الشّاهد التّبريز[٢١]، كما اشترطه النّاظم.

لم يذكر الشهادة فكان مالك أول زمانه يقول إنه يشهد إذا كان الكتاب نقيًا ولم يكن فيه محو ولا شيء يريبه ثم رجع فقال لا يشهد وإن عرف خطه حتى يذكر الشهادة أو بعضها أو ما يدل على حقيقتها وينفي التهمة عنه فيها فأخذ بقوله الأول عامة أصحابه مطرف وابن الماجشون والمغيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن وهب، وإليه ذهب ابن حبيب وهو اختيار سحنون في نوازله، قال مطرف وعليه جماعة الناس: وليقم بالشهادة تامة بأن يقول ما فيه حق وإن لم يحفظ ممّا في الكتاب عددًا ولا يعلم السلطان أنه لم يعرف غير خطه إلخ وهذا منه بلفظه. ونقل ابن الناظم هذا أيضًا، فانظر من قال بهذا القول مع أنه قول مالك الأول. والحاصل إذا ذكر بعض هذه الشهادة فإنه يشهد بما تضمنه الكتاب وينتفع بذلك، ولا يقول للقاضي عرفت الخط ونسيت الحكاية، بل يشهد كالذاكر لها اعتمادًا على خطه، وكذا إن لم يذكر شيئًا على هذا القول من غير فرق وأداؤها واجب على الشاهد على هذا القول أيضًا، ولا بدّ أن لا يكون محو ونحوه مع انتفاء الأعذار عن ذلك، وأن يعرف من نفسه أنه لم يكن يشهد إلاّ مع التحري، وكلام بعضهم إذا عرف خطه ونسي مبلغ الحق أن ذلك مختلف فيه، ولكن غير ظاهر كما نبهنا عليه في الشرح، وأن ما ذكرنا كالمتفق عليه قف عليه إن شئت، ولا فرق على هذا القول بين أن يكون الرسم هو الكاتب له ووضع عليه أو وضع فقط على ما يظهر من كلام الرجراجي لأن التفصيل عنده قول رابع وهو في المتيطي أيضًا. وقال ابن ناجي: ما في المدونة هو المشهور وبه العمل إلخ، ولم أر قوله وبه العمل إلاّ عنده بل ما قاله سحنون هو الذي به العمل كما في ابن الناظم وفي ابن فرحون، وتبعه على ذلك اليرتاسني وهو الذي نقله من ألف في عمل فاس عند سيدي العربي الفاسي وتكلم في شرح اللامية على شيء من هذا والمتيطي وابن رشد قبله والرجراجي وصاحب المفيد وابن سلمون والعبدوسي على المدونة لم يذكروا ما به العمل في المسألة، ومقابل هذا الذي به العمل هو المشهور وهو مذهب المدونة، وعليه مرَّ في المختصر وهو قوله لا على خط نفسه حتى يذكرها وأدّى بلا نفع إلخ. وقوله وأدّى بلا نفع استشكل وأجيب عنه بما هو ضعيف، ولكن المسألة فيها كلام طويل من أراده فلينظر الشرح إن شاء، وفيما كتبناه ربما يكفي اللبيب، والقول بأنه لا يرفع ولا يشهد أصلاً قوي غاية، لا سيما والقائلون به فيهم ابن القاسم، وهو الذي صدر به الرجراجي كما رأيته، وقول التحفة وشاهد برز إلخ رأيت قول هذا الشارح فيه ولم أقف الآن على من اشترط في هذا الشاهد التبريز. قلت: كلام عياض ربما يلوح منه شرط التبريز حيث قال ما نصّه: إلاّ أن يكون الشاهد على بصيرة أو يقين أنه لم يضع خط شهادته مسامحة ولا كتب اسمه إلاّ على صحة أي فيشهد وإن كان يعلم من نفسه أنه قد مرَّ به زمان قبل عدالته يسامح فيه بالشهادة إلخ فلا يشهد

---

(٢١) التبريز: أي العدالة والفضل.

(والحكم في القاضي) كمثل الشّاهد وقيل بالفرق لمعنًى زائد

يعني: أنّ القاضي إذا وجد حكمًا في ديوانه بخطّه وهو لا يذكر أنّه حكم به فقيل: إنّه كالشّاهد فينفّذ ذلك ويمضيه؛ لأنّ كلا منهما يعذر بالنّسيان إلاّ إن وجد في الكتاب ريبةٌ كما تقدّم، وقيل: لا يحكم به ولا يعمل عليه، وليس هو كالشّاهد؛ لأنّ بينه وبين الشّاهد فرقًا وهو عذر الشّاهد بأنّ ذلك مقدوره، بخلاف القاضي فإنّه قادرٌ على أن يشهد على حكمه عدلين، وعلى هذا نبّه النّاظم بقوله و«قيل بالفرق لمعنى زائد» قال ابن المناصف: اتّفق أهل عصرنا في البلاد الّتي ينتهي إليها أمرنا على قبول كتاب القاضي في الأحكام، والحقوق بمجرّد معرفة خطّ القاضي دون الشّاهد على ذلك ولا خاتم معروفٍ، مع أنّي لا أعلم خلافًا في مذهب مالكٍ أنّ كتاب القاضي لا يجوز بمجرّد معرفة خطّه، بل قولهم في القاضي يجد حكمًا بديوانه بخطّه، وهو لا يذكر أنّه حكم به أنّه لا يجوز له إنفاذه إلاّ أن يشهد عنده بذلك شاهدان، ولا إن وجد القاضي المولّى بعده وثبت أنّه خطّ الأوّل، فإنّه لا يعمل به ولا يتخرّج القول بعمله بتيقّنه بخطّه دون ذكر حكمه به من الخلاف في الشّاهد بتيقّن خطّه بالشّهادة بالحقّ، ولا يذكر موطنها لعذر الشّاهد بالجملة إذ هو مقدورٌ كسبه، والقاضي كان قادرًا على الشّهادة على حكمه، واعتمد النّاظم في حكاية الخلاف في مسألة القاضي على ما حكاه ابن المناصف من أهل عصره، وما ذكره بعده من التّفرقة بين الشّاهد والقاضي.

وخطّ عدل مات أو غاب اكتفي فيه بعدلين وفي المال اقتفي
والحبس إن يقدم وقيل يحتمل في كلّ شيءٍ وبه الآن العمل
كذاك في الغيبة مطلقًا وفي مسافة القصر أجيز فاعرف

هذا هو الموضع الثّاني من الشّهادة على الخطّ، وهو الشّهادة على خطّ الشّاهد الغائب، أو الميّت قال اللّخميّ: الشّهادة على خطّ الشّاهد لغيبته أو موته صحيحةٌ على الصّحيح من القولين؛ لأنّها ضرورةٌ وقال ابن رشد: أمّا الشّهادة على خطّ الشّاهد الميّت، أو الغائب فلم يختلف في الأمّهات المشهورة قول مالكٍ في إجازتها وإعمالها، ابن عرفة: فظاهر هذا أنّ

بها حينئذ وفي نقل الإمام ابن مرزوق ما نصّه: وأنا أرى للقاضي أنه يقبل في هذا من الشهود المتيقظ الذي لا يخشى عليه التباس الأمور ويوقف شهادة من ليس كذلك اهـ. وهذا كلام حق لائح عليه الصدق، وربما قد يكون هذا مأخوذًا من كلام عياض، وإنما أطلنا في هذا لصعوبة هذا الفرع وكثرة الاضطراب فيه وكثرة قيوده، ووجه القول بعدم الشهادة كثرة الضرب على الخطوط.

وقول الناظم: (والحكم في القاضي إلخ) انظره عند قول المتن: وأنهى لغيره، وعند قوله: ولا تقبل شهادته بعده أنه قضى بكذا إلخ، وعند قوله شهود إلخ، وقدمنا في ذلك كلامًا بعيد ما إذا شهد عدل بخلاف ما عند القاضي.

المشهور إعمالها (خلاف قول الباجيّ) لا تجـوز على المشهور الباجيّ: مشهور قول مالك لا تجوز الشّهادة على خطّ الشّاهد رواه محـمّدٌ؛ لأنّ غاية خطّه أنّه كلفظه وهو لو سمعه يقصّ شهادته لم ينقلهـا عنه وروى ابن القاسم إجازتها. ا هـ. وقوله: «اكتـفى فيه بعدلين» أي:

قوله: (خلاف قـول الباجي إلخ) لعل الفرق بين الخط واللفظ أن مـسألة الخط أن الضرورة دعت للشهادة عليه لغيبة كاتبـه أو موته، وقد علّلوا مسألة النقل أن اللاقط لو عرف أنها تنقل عنه لتحرز، والكاتب يتحرز في كتبه بدليل ما تقدم أن العمل على أن الشاهد إذا عرف خطه ولم يذكر الحكاية أنه يشهـد، ولذلك قال في الجواهر مـفرقًا بين ما ذكـر ما نصّه: والفرق على المشـهور أن الرجل قد يخبـر بما لا يتحققـه، ولا ينبغي للرجل أن يكتب شهادته حـتى يتحقق ما يشـهد عليه ويعرف من أشـهده بالعين والاسم مخافـة أن يموت أو يغيب فيشـهد عليه خطه، فأشـبه ذلك من يسمع رجلاً يؤدي شهادته عند الحاكم أو يشهد عليها غيره أن يشهد على شهادته ممّا سمع منه وإن لم يشهده عليها، قال الشيخ أبو الوليد: والقـول الأول أظهر إذ قيل وهو قول محمد أنه لا يجوز أن يشهد على شهادته حتى يشهده عليها وإن سمعه يؤديها على الحاكم أو يشهد عليها غيره مع أن وضع الشاهد شهادته في الكتاب لا يقـوي مدة ذلك اهـ. بلفظه، فالفرق مبني على المذهب وهو قول المتن ولم يشهد على حاكم إلخ، واستظهار ابن الحـاجب لا يخفاك ما فيه، وتبع ابن الحاجب ابن شاس في التفرقة المذكورة وذلك واضح، ويدل على ذلك الخـلاف القوي في شهادة المختفي، وإن كان الراجح الجواز بشروط تقـدمت والتفرقة المذكورة للمازري، وأشار ابن عرفـة إلى تقويتها بالضرورة في الخط، وفي كـلام ابن ناجي نظر حيث قال لا فـرق بين لفظ الشاهد وخطه، مع أن الرجراجي بين التفرقة غاية، وقول الباجـي مشهور قول مالك عدم الجواز إلخ لا يلزم من ذلك أن يكون هو المشهور في المذهب لأنه قال مشهور قول مالك لأنه قد يقول مالك قولاً بلا اختلاف منه ويكون المذهب خلافه، فكيف إذا اختلف قوله في ذلك، وبه تفهم مـا يفهمه كلام ابن عرفة ومن تبعه، قال القاضي: وبالجواز مضى العمل عند شيوخنا أي جواز الشهادة على الخط والخلاف بالمنع قوي لكن القول بالجواز أقوى، وقد استـوفينا الأنقال في الشرح وفي العبدوسي على المدونة، وأما الشهادة على خط الغائب أو الميت فالمشهـور جوازها في كل شيء، وعند أهل قرطبة لا تعمل إلاّ في الأحبـاس خاصة، وفي البـرزلي عن السيوري لا تجـوز الشهـادة على الخط، وما عندي فيـها خلاف لأن للأزمنة حالة وحال الناس بكثرة الضرب على الخطوط وقلة تمييزهم لها إلخ، ونظير ما في العبـدوسي هو قول ابن حارث: جـرى العمل من القضاة بـالإجازة في الأحباس وغـيرها بلا فرق. وفي المختصر وإن بغيـر مال فيهما، وبيّنّا في شرح المتن هناك أن الـنكاح والحدود وغيرهما داخلة في المتن بكلام الـناس وأن ذلك هو المعـمـول به، والراجح وقف على شـرحنا لقـول المتن وجازت على خط مقرّ تجد الحق إن شاء الله، وفي التنبيهات مشهور قول الإمام عدم الجواز. وقال ابن سهل بعد أن ذكـر أن المنع هنا أشد من مسألة قـول المختصر حتى يذكـرها ما نصّه: والمنع هو الصحـيح الذي لا أقول بغـيره ولا أعتـقد سواه وهو دليل المدونة وغـيرها، وذكـر أنها تكون في الأحبـاس وما جرى مجـراها اتباعًا للأشيـاخ في استثناء ذلك. وقـال ابن الهندي: الأحوط المنع

يكتفي في ثبوت خطّ العدل الميّت، أو الغـائب بشهادة عدلين أنّ الخطّ خطّ فلان الميّت، أو الغائب، وظاهره الاكـتفاء بالعـدلين، كان المشهـود على خطّه واحدًا أو متـعددًا؛ لأنّ لفظ عدل من قوله: «وخطّ عدل» يصدق بالواحد وبأكثر فإذا كان الصّك[٢٢] بعدلين: ميّتين، أو غائبين، أو أحدهما مـيّتٌ والآخر غائبٌ، فإنّه يكتفي في إثبات خطّهمـا معًا بعدلين، وفي التّعبير بالاكتفاء إشارةٌ إلى أنّ الأولى أن يشـهد على خطّ كلّ واحدٍ اثنان فيحتاج في الوجه

مطلقًا وابـن لبابة لا يحكم إلاّ بالمنع، زاد ابن عـرفة وغيـره إلاّ إن مات، والأبهـري قال المنع هو الصحيح، والحاصل الخلاف قوي غاية لكن الأشهر والذي عليه العمل الجواز وإن كان في البرزلي أن العمل قـال به بعضهـم في عدم الجواز ولكن قف على شـرحنا ترى العجب العـجاب في هذا الاختلاف عند قول المتن وجازت على خط مقـر، وكذا عند قوله على خط شاهد مات إلخ، وإنما أشرنا لهذا التـعلم أن التعريف بالخطوط يحـتاط في المعرف بها غاية، وقـد رأينا في هذا من عدم الاحتياط ما يعلمه سبحانـه، ولكن المنع الذي قال به هؤلاء الفحول قد لا يظهر وجهه لأنه يؤدي إلى الضرر وقـد أشار اللخمي لذلك، قـال ابن عطية على قـوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم﴾ [البقرة:٢٨٢] الآية بعد ذكـر الخلاف في الكتب هل هو على الوجـوب أو الندب؟ ما نصّه جمهور العلماء على أنه ندب إلى حفظ الأموال وإزالة الريب إلخ. .فقوله إلى حفظ إلخ هذه الفائدة للكتب لا تتم إلاّ بجواز الشهادة على الخط وبالاعتـماد عليه، مع أن قوله سبحانه: ﴿ذلك أدنى ألا ترتابوا﴾ [البقرة:٢٨٢] فيـه دليل واضح وقد اسـتدل به غـير واحـد، والموت والغيـبة يكثران، والكتب مأمور به منه سبحانه، فإذا كـان لا يشهد على خطه في غيبته وموته وكذا هو إن لم يذكر الشهادة لم يبق للكتب فائدة أو تبقى له فائدة قليلة ككونه يتذكر به كاتبه إذا رآه، والحبس وما جـرى مجراه قليل من كـثير مع الخـلاف فيه أيضًـا مع قلة حفظ الناس لا سيـما في الأزمنة المتأخرة، والناس يقـولون في هذا ينسأ الرأس وصار كتب أصـدقة النساء وكتب الأمـور وما ينسأ الكراس العظام التي لا تنحصر في الأموال والدماء وغيـر ذلك معرضة لعدم الفائدة، ونحن نقول ما قاله الفـحول من الجواز، فعنه لا نزول لما اطلعنا عليه مـن كلام الناس، انظره عند قول المتن: وجازت على خط مقر، وعند قوله: وخط شاهد إلخ تر ما أشـرنا إليه، وقد قال ذلك كثير منهم قف عليهم في الشـرح فافهمه منصـفًا، ولذلك الناس اليوم في حدود الثـلاثين بعد مائة وألف لا تجد أحـدًا من القضاء يعـرج على القول بالمنع، ويرحم الله الرجـراجي حيث قال في مناهجـه ما نصّـه: فـالمنع ذريعة إلـى إبطال الحقـوق وإتلاف أمـوال الناس إلخ إلخ، ولعله أخـذه من كـلام اللخمي، نعم القول بالجواز يلزمه الاحتيـاط في التعريف بالخط غاية لأنه إذا كان القول بالمنع قويًا أدّى ذلك إلى الاحتـياط في التعريف غـاية وقد تساهل الناس في ذلك، وذلك أيضًا مـؤد للضرر بالناس فصعب الأمر، وقول الناظم بعدلين يأتي الكلام عليه في المقر هنا بعيده وهو قوله: وكاتب بخطه إلخ.

(٢٢) جمع صقوك وهي الوثيقة بمال مقبوض أو نحوه.

المذكور إلى أربعة عدول فتطلب النّصّ في ذلك، وقوله: «وفي المال اقتفي والحبس إن يقدم» يعني أنّه اختلفَ في الشّهادة على الخطّ هل يعمل بها في المال والحبس القديم فقط، أو يعمل بها في كلّ شيء «وبه العملُ» في زمان النّاظم يعني وكذا في زماننا، وقوله: «كذا في الغيبة» التّشبيه في ثبوتِ خطّ الشّاهد الغائب بعدلين، وقد تقدّم ما يغني عنه إذ فرض المسألة أنّ ذلك في الغيبة، أو الموت، ولعلّه أعاده لبيان قدر الغيبة الّذي هو مسافة القصر وقوله: «مطلقًا» أي في المال وغيره وتقدّم ذلك أيضًا، وقوله: «وفي المال اقتفي» إلخ ابن الحاجب وفي قبولها في غير الأموال قولان: التّوضيح: القول بأنّها تختصّ بالأموال لمطرّف وابن الماجشون وأصبغ قالوا: لا تجوز الشّهادة على الخطّ إلاّ حيث اليمين مع الشّاهد، والقول الآخر: لمالك ا هـ وقال ابن الهنديّ أكثر ما يجوز العمل بإجازة الشّهادة على الخطّ في الأحباس القديمة نقله المواق، ونقل قبله من المفيد قال: قال محمّد بن حارث: جرى العمل من القضاة ببلدنا يعني قرطبة بإجازة الشّهادة على خطّ الشّاهد، ولا علمت أحدًا من أهل العلم فرّق بين الشّهادة على الخطّ في الأحباس، وغيرها في حالٍ من الأحوال.

فرعٌ: ظاهر قول ابن القاسم أنّ الشّهادة على الخطّ (إنّما تكون على القطع) حتّى يكون في معرفة الخطّ، ومعرفة الشّهود له كمعرفة الحيوان، والثّياب وسائر الأشياء، ووقع في كتاب القزوينيّ أنّ الشّهادة في ذلك أن تكون على العلم. ا هـ من التّوضيح أيضًا انظر أوّل الباب الرّابع والثّلاثين من القسم الثّاني من تبصرة ابن فرحون، وإلى هذه المسألة، والفروع الثّلاثة بعدها أشار الشّيخ خليلٌ بقوله: «وخطّ شاهد مات أو غاب ببعد وإن بغير مال فيهما إن عرفه كالمعيّن، وأنّه كان يعرف مشهده وتحمّلها عدلاً» المتيطيّ: لا تقبل الشّهادة على الخطّ إلاّ من الفطن العارف بالخطوط وممارستها، ولا يشترط فيه أن يكون قد أدرك صاحب الخطّ. ا هـ.

قوله: (إنما تكون على القطع إلخ) هذا قول المختصر إن عرفته كالمعين، وبيّنا في شرحه أنه لا يشهد إلاّ على الخط إلاّ على القطع ولا يكفي الظن وإن قيل بكفايته إن قرب من اليقين كما نقله صاحب المعيار في نوازل الأقضية عن ابن رشد وفي ذلك نظر، بل لا يشهد إلاّ إذا قطع على أن الخط خط فلان، ولكن انظر عند قول المتن وجازت على خط مقرّ ولا بدّ، وبيّنا أن قوله كالمعين لا بدّ من حضور الخط وإلا فلا عبرة بذلك، وبه يفهم الفرع الذي يذكره هذا الشارح عن أبي الحسن هنا، وأن الصحيح خلاف ما أفتى به أبو الحسن، وهذا الفرع نقله صاحب المجالس ولم يرجح فيه شيئًا، ولما نقل ابن غازي في تكميله مسألة قول الموثق حسبما ذلك برسم بيد فلان عايناه شاهداه وأن ذلك لا يكفي وذلك مذكور في البرزلي قال ما نصّه: وهذا خلاف ما نسب لأبي الحسن الصغير ولعله يجري على قول ابن القاسم في شهادة الاستحقاق على الصفة وقد يفرق بأن الخط لا تحصره الصفة بخلاف غيره إلخ. قلت: وفي كلامه نظر لأن الرائي للرسم لم يشهد في غيبته على صفته إنما يشهد على مضمونه كما هو مفهوم من كلام أبي الحسن، وكان هذا سهو من ابن غازي رحمه الله تعالى.

فرعٌ: قال في التّوضيح: إذا فرّعنا على قبول الشّهادة على الخطّ (فلو لم يعرف الشّاهد) على الخطّ أنّ الشّاهد الأوّل، وهو المشهود على خطّه كان يعرف من أشهده معرفة العين لم يجز له أن يشهد على خطّه، وهذا قول ابن زرب، والقول الثّاني: الجواز بناءً على أنّ الشّاهد لا يضع خطّه إلاّ على من يعرف، ثمّ قال في التّوضيح أيضًا. فرعٌ: ولا تجوز الشّهادة على خطّ الشّاهد الغائب، أو الميّت (حتّى يقول): إنّه كان في تاريخ الشّهادة عدلاً ولم يزل على ذلك حتّى توفّي احتياطًا من أن تكون شهادته سقطت بجرحه، أو كان غير مقبول الشّهادة. ا هـ. فرعٌ قال في التّوضيح: وإذا قلنا: يحكم بالشّهادة على الخطّ فهل عليه يمينٌ مع الشّاهدين أم لا؟ روايتان ومنشأ الخلاف هل يتنزّل الشّاهدان على خطّه منزلة الشّاهدين على الإقرار أو منزلة الشّاهد فقط لضعف الشّهادة على الخطّ؟ ثمّ قال ما حاصله: إنّه إذا لم يشهد بذلك إلاّ شاهدٌ واحدٌ فمن قال: عليه اليمين مع الشّاهدين أبطل الشّهادة هنا، ومن قال: لا يمين عليه أعمل الشّهادة هنا ويحلف يمينين يمينٌ مع شاهده، ويمينٌ أخرى لكمال السّبب.

فرعٌ: سئل الإمام سيّدي أبو الحسن الصّغيّر عن شهادة شاهدين نظرا وثيقةً بيد رجلٍ تتضمّن إثبات حقٍّ، وتحقّقا ما فيها، وحفظاها، ونظرا إلى شهودها فتأمّلا خطوطهم فتحقّقا أنّها خطوط قومٍ ماتوا، وعلما أنّهم كانوا بوسم العدالة، وقبول الشّهادة حين الوضع، واتّصل ذلك إلى أن ماتوا ثمّ ضاعت الوثيقة فاستظهر صاحب الحقّ بشهادة هذين فأدّيا عند القاضي حسبما وصف، هل يعمل على ذلك كما لو لم يضع الرّسم بإحياء شهادة شهوده أم لا؟ فأجاب بقوله: سئلت عن مثل هذا مرّتين فأجبت عنه جوابين: بأنّ القاضي يعمل على ذلك إذ لا فرق بين ما تقرّر عند القاضي الآن مع غيبة الوثيقة، وبين ما تقرّر عنده مع حضورها باستيفاء هذين جميع ما فيها وإحيائهما الشّهادة الواقعة فيها، وهو الّذي يفعل لو حضرت. ا هـ نقله صاحب المعيار بعد نحو اثنتي عشرة ورقةً من نوازل الشّهادات ثمّ قال إثره: وانظر ما يناقض هذه الفتوى في ابن عرفة والمتيطيّ، وهو الصّحيح الّذي لا يلتفت إلى غيره..

وكاتبٌ بخطّه ما شاءه ... ومات بعدُ أوْ أبى إمضاءَهُ

يثبت خطّه ويمضي ما اقتضى ... دون يمينٍ وبذا اليوم القضا

هذا هو الموضع الثّالث من الشّهادة على الخطّ، وهو الشّهادة على خطّ من كتب بيده

قوله: (فلو لم يعرف الشاهد إلخ) هذا هو قول المختصر وإن كان يعرف مشهده، وذكرنا أن العلم بقفصة على خلاف ما في المتن، ولذلك لم نر أشياخنا القضاة يبحثون عن هذا أصلاً، وقول خليل مشهده هو من أشهد الرباعي، مع أن المختفي إذا عرف المقر يشهد عليه ولذلك عبّر كثير بقولهم يعرف المشهود عليه. قوله: (حتى يقول إلخ) هذا هو قول المختصر وتحملها عدلاً، وقد

ما يلزمه الإقرار بـه، ثمّ مات، أو أنكر أنّ ذلك الخطّ خطّه، فـأخبـر النّاظم أنّ الحكم في ذلك أن يثبت صاحب الحقّ (بشاهدين) أنّ الخطّ خطّ هذا المنكر، أو الميّت، ويلزمه أو ورثته ما أقـرّ به دون يمين، يلزم صاحب الحقّ في ذلك، وبهـذا الحكم القضاء، وبه أفـتى الشّيخ خليلٌ حيث قـال: «وجازت على خطّ مقـرٍّ بلا يمين» ابن الحاجب: أمّا الشّـهادة على خطّ المقرّ فجـائزةٌ كإقراره، ولا يحلف على الأصحّ. التّوضيح: وإذا قلنـا إنّه يحكم له بالشّهادة على الخطّ فهل عليـه يمينٌ مع الشّاهدين أم لا؟ روايتان ومنشأ الخـلاف هل يتنزّل الشّاهدان على خطّه منزلة الشّاهدين على الإقرار، أو منزلة الشّاهد فـقط لضعف الشّهادة على الخطّ؟ ثمّ قال فرعٌ وإذا أقام صاحب الحقّ شاهدًا واحـدًا على الخطّ فروايتان حكاهما ابن الجلاب، وهما مبنيّـان على أنّه إذا شهد له اثنان هل يحتاج إلى يمينٍ، أو لا فمن قـال لا يحتاج إلى يمينٍ أعمل الشّهادة هنا، ومـن قال يحتاج أبطل الشّهادة هنا، وإذا قلنا يحكم له به فـيحتاج إلى يمينين، يمينٍ مع شاهده، ويمينٍ أخرى ليكمل السّبب. الشّـارمساحيّ في شرح الجلاب، وصحّ أن يحلف يمينين في حقٍّ واحدٍ؛ لأنّهمـا على جهتين مختلفتين لا عـلى جهة واحدة ا هـ. فرعٌ: إذا لم يوجـد من يشهد على خطّ المقـرّ فطلب المدّعي أن يجبـر المدّعى عليه على أن يكتب بمحضر العـدول، ويقابل ما كتبه بما أظهره المدّعي، فـأفتى عبد الحميـد بعدم جبره، وأفتى اللّخميّ بجبره، وأن يطول تطويلاً لا يمكن أن يستعمل فيه خطًّا غير خطّه. ا هـ.

وامـــتنع النّقـــصـــان والـزّيادة إلاّ لمن بـرّز في الـشّــــهـــــادة

يعني أنّ الشّـاهد لا يجوز له أن يزيد في شـهادته، أو ينقص منهـا إلاّ إذا كان مـبرّزًا سابقًا في العدالة، فيقبل منه ما زاد أو نقص كمـا لو شهد أنّ لزيد قبل عمرو مائةً ثمّ شهد أنّها مائةٌ وعشرون أو قال: إنّما عليـه ثمانون، أو بالعكس وظاهر قبول ذلك من المبرّز قبل

فسرناه تفـسيراً مفيدًا قف عليـه إن شئت. قوله: (بشاهدين إلخ) تقدم هذا في صريح النظم في الشهادة على خط الميت أو الغائب، فأخـبر هذا الشارح أن هذا أيضًا يكون في خط المقر وهو تابع لما في التوضيح وهو الذي نقله الـشارح في كلامه هنا. والحاصل أن الخط إنما يشهـد عليه عدلان هنا وأن الواحد لا يكفي مع اليمين على الراجح وإن كـان قولاً قويًا، والعمل بالراجح في الأزمنة المتأخـرة هو اللائق عند من أنصف وأنه لا يمين مع الشاهدين، ومـقابل هذا أنه يحلف اسـتشكل وضعف فلا عمل عليه، وهذا كله حيث تكـون الشهادة من فطن عارف بالخطوط ممارس لها عدل لا ريبة تلحقه، وكـان العدل المشهود على خطه مشهور، لكن إن عـجز عن شاهد ثان فلينظر في ذلك القاضي لقرائن الأحوال، ومـا ظهر له فعله راجيًا ثواب الله تعالى، وقـول المختصر بلا يمين هو دليل على أنه لا بدّ من شـاهدين إذ لم يقل أحـد أنه يحلف مع الشاهد الواحـد، فافـهم هذا الذي لخصناه من كـلام الناس بعد اجتـهاد وتعب كثيـر وجمعناه في شرحـنا بدليله تقبل الله ذلك بفضله وكرمه وطوله.

الحكم أو بعده (وفي ذلك خلافٌ، وتفصيلٌ) يراجع في المطوّلات، وأمّا غير المبرّز فلا تقبل منه زيادةٌ ولا نقصانٌ، وقبول ذلك من المبرّز محلّه بعد أدائها عند القاضي، (وأمّا قبل ذلك) فلا تعتبر زيادةً ولا نقصان. قال ابن رشد في عـدّ ما يشترط فيه التّبريز في العدالة ومن زاد في شهادته أو نقص بعـد أدائها. ا هـ وقال ابن يونس: قال ابن القاسم: من شـهد بثلاثين ديناراً ثمّ جاء يذكر أنّها كانت خمسين فإنّها تقبل شهادته في ذلك كلّه، قال ابن رشد: هذه إحدى المسـائل الّتي يشترط فيـها التّبـريز على مذهب ابن القاسم ا هـ، وقـد تقدّمت هذه النّظائر في شرح قوله ولأخيه يشهد المبرّز البيت وبرّز في البيت بفتح الرّاء.

قوله: (وفي ذلك خلاف وتفصيل) قال كاتبه: ففي سـماع يحيى عن ابن القاسم وهي أول مسألة من الكتاب الثالث من الشهادات قـال: سألت ابن القاسم عن العدل يشهد عند القاضي ثم يعود يزيد في شـهادته أو ينقص فقـال: إذا كان منقطع العـدالة ممّن لا يتهم في عقله فـما زاد أو نقص قبل أن يقع الحكم بشهادته هو مقبول منه، وأما ما رجع عنه أو نقصه ممّا كان شهد به أو زاد كلامًا فـيه نقص الشهادة الأولى وذلك بعـد أن حكم بشهادته فهـو غير مقبـول ولا يفسخ الحكم للذي كان من تحويل شهادته ولما زاد أو نقص، فأما مـا زاده بعد الحكم ممّا زعم أنه كان نسيه مثل أن يكون شهـد لرجل على رجل بثلاثين ديـناراً ثم تذكر أنها كـانت خمـسين فجاء يشـهد بتـمام الخمـسين فإن ذلك يقبل منه وتجـوز شهادته اهـ. بلفظ صـاحب البيان ابن رشـد. وفي المتيطي: وليس للشاهد أن يزيد في شهادته أو ينقص منها إلاّ أن يكون مبرزاً، قال بعض الفقهاء: وفيه نظر بل الواجب لا يزيد ولا ينقص فإن نقص قبل المبرز وغيـره وإن زاد قبل المبرز خاصة اهـ. بلفظه. وفي ابن سلمون مـا نصّه: وإذا زاد شاهد في شهـادته أو نقص قبل منه إن كان مـبرزاً وإلاّ فلا، وقيل إن كان بعـد الحكم لم يقبل منه هذا لفظه، ولكن انظر مع السماع المتقـدم، وما نقله المتيطي حسن غـاية ظاهر وجهه. وفي النوادر أيضًا مـا نصّه: من شهـد بثلاثين ديناراً ثم جاء فذكـر أنها خمسون قبلت شهادته، وقاله في العتبـية والمجموعة. وقال ابن حبيب عن مطرف: وإذا جاء فقال هي خمسون وكنت نسيت وقد ادعى ذلك رب الحق أو لم يدعه فـإن كان مبرزاً قبلت شهادته وإلاّ لم تقـبل إلخ. وما في النوادر نقله الحطاب، وقـال ابن ناجي على المدونة على قـولها في كـتاب التنجيز والتمليك. وإن قـالت قد قبلت أو قبلت أمري أو طلقت نفسي سألت عن نيـتها فيلزم ما نوت إلاّ أن يناكرها الزوج إلـخ ما نصّه: أقام شـيخنا حـفظه الله من قولها سـألت أن الشاهد إذا شهد شـهادة مجملة أنه يفسـرها ولا يكون زيادة في الشهادة وأظنه قال: ولا يشتـرط فيه المجلس الواحد ثم وقع الحـكم بذلك عندنا بالقيـروان اهـ. بلفظه. وما ذكـره ابن ناجي فيه فـائدة كثيرة الوقوع وذلك ظاهر إذ تفسـير المجمل ليس بزيادة ولا نقص، وعليه فلا يشتـرط في الشاهد المفسر أن يكون مبرزاً كما هو ظاهر قول ابن ناجي هذا وصف هذا لما نكتبه على قول التحفة ومن لطالب بحق شهد إلخ بـعد هذا. قوله: (وأما قبل ذلك إلخ) انظر إذا كتبـها الشهود عليـه وقيدوها ولم يؤدوا فإني لم أقف عليه، وأما قـبل كتبها فلا شهادة بلا زيد ولا نقص، لكن المعتبر في الشهادة هو حالة الأداء، مع أن ظاهر كلامهم هنا أن المعتبر أيضًا في خصوص النازلة هو الأداء، والحاصل لم يظهر لنا ما نعتمده في هذا.

وراجعٌ عنها قبوله اعتبر ... ما الحكم لم يمض وإن لم يعتذر
وإن مضى الحكم فلا واختلفا ... في غرمه لما بها قد أتلفا
وشاهد الزّور اتّفاقًا يغرمه ... في كلّ حالٍ والعقاب يلزمه

تكلّم في الأبيات على رجوع الشّاهد عن الشّهادة وللرّجوع كما قال ابن الحاجب ثلاث صور: الصّورة الأولى: قبل القضاء فلا قضاء أي لا يقضى بها وتصير كالعدم، وإلى هذه الصّورة أشار بالبيت الأوّل فضمير قبوله للرّجوع، والمعنى أنّ رجوعه يقبل، ويعمل به سواءٌ اعتذر وقال توهّمت مثلاً، أو نسيت، أو لم يعتذر إذا كان ذلك قبل إمضاء الحكم. ابن الحاجب: الصّورة الثّانية: بعد القضاء وقبل الاستيفاء. قال ابن القاسم: يستوفى الدّم كالمال وقال أيضًا: وغيره لا يستوفى لحرمة الدّم. الصّورة الثّالثة: بعد الاستيفاء فيغرّمان الدّية وغيرها إن لم يثبت عمدهما عند ابن القاسم وأشهب، لا يغرّمان عند ابن الماجشون، فإن ثبت عمدهما فالدّية لابن القاسم، والقصاص لأشهب وإلى هاتين الصّورتين أشار بقوله: «وإن مضى الحكم فلا» وهو تصريحٌ بمفهوم قوله قبله: «ما الحكم لم يمض» يعني أنّ رجوع الشّاهد إذا كان بعد حكم القاضي بمقتضى الشّهادة، سواءٌ كان قبل الاستيفاء كما إذا حكم بغرم المال، ولم يؤخذ من المحكوم عليه حتّى رجع الشّاهد، وهي الصّورة الثّانية عند ابن الحاجب، أو كان رجوعه بعد الاستيفاء، وهو دفع المال في المثال المذكور وهي الصّورة الثّالثة، فإنّ الرّجوع في هذين الوجهين لا يعتبر ولا يعمل عليه، بل يمضي الحكم ويستوفى المال، واختلف في استيفاء الدّم هذا بعد الحكم وقبل الاستيفاء، وأمّا بعد الاستيفاء فلا كلام فقوله: «وإن مضى الحكم فلا» أي: فلا يعتبر الرّجوع ولا يعمل عليه بقدرٍ، كأنّه لم يرجع ويبقى الكلام في غرم الشّاهد لما أتلف بشهادته.

(واعلم أنّ المتلف) بالشّهادة إمّا نفسٌ، أو مالٌ فإن لم يثبت أنّه تعمّد الكذب والزّور ففي غرمه المال من دية أو غيرها قولان: فيغرّم عند ابن القاسم وأشهب، ولا يغرّم عند ابن الماجشون كما تقدّم عن ابن الحاجب، وإلى هذا أشار النّاظم بقوله " واختلفا " إلخ وضمير بها للشّهادة، فإن ثبت أنّه تعمّد الكذب، والزّور فيغرّم المال اتّفاقًا، ولا إشكال وإن كان شهد بالقتل، أو الجرح عمدًا ثمّ رجع عن شهادته وثبت أنّ شهادته بالقتل، أو بالجرح كانت

قوله: (واعلم أن المتلف إلخ) في الغرم خلاف قوي غاية وكذلك في الأدب، ولكن الراجح في الغرم أنه لازم للناسي والمتعمد، والراجح قصر الأدب على المتعمد وأما غير المتعمد فلا أدب عليه رجع قبل الحكم أو بعده والمتعمد قبله كذلك، وإن رجع بعد الحكم ففي ذلك خلاف قوي غاية واضطراب كثير لا يكاد يتحصل منه ظهور الراجح لكل أصل ابن القاسم الأدب، هذا ما

زوراً وكذباً. فقال ابن القاسم: يغرّم الدّية (وقال أشهب: يقتصّ من الشّاهد) وإلى هذا الوجه أشار بقوله: وشاهد الزّور اتّفاقًا يغرمه أي: ما أتلف بشهادته ومعنى في كلّ حال أي: سواءٌ كان المشهود به مالاً، أو دمًا، وظاهر قوله: «يغرمه في كلّ حال» أنّه لا يقتص من الشّاهد في القتل، أو الجرح، وهو قول ابن القاسم كما تقدّم، وقوله: «والعقاب يلزمه» أي: لشاهد الزّور زيادةً على الغرم قال الشّارح: في كتاب ابن يونس قال سحنونٌ: إذا رجع الشّهداء قبل الحكم، وقد شهدوا بحقٍّ، أو حدّ اللّه من زنا، أو سرقة، أو خمرٍ، أو عتق، أو في جميع الأقوال فإنّهم يقالون ولا شيء عليهم من العقوبة وهمُوا في شهادتهم، أو رجعوا عنها لشكٍّ خالطهم؛ لأنّ العقوبة في هذا توجب الخوف فلا يرجع أحدٌ عن شهادة شهدها على باطلٍ أو شكٍّ إذا أراد التّوبة، ويحدّون فيما شهدوا به من الزّنا حدّ القذف في الحرّ المسلم، وفيه أيضًا روى المغيرة عن أبي ذئب أنّ رسول ﷺ: قال في شاهد شهد ثمّ رجع عن شهادته بعد أن حكم بها رسول اللّه ﷺ قال ﷺ: «تمضي شهادته الأولى لأهلها وهي الشّهادة والأخيرة باطلةٌ»[٢٣] وأخذ بذلك مالكٌ وغيره، وجميع أصحابه يرون أن يغرّم ما أتلف بشهادته إذا أقرّ بتعمّد الزّور، قاله عبد العزيز بن أبي سلمة قال سحنونٌ: اختلف أصحابنا في رجوع البيّنة بعد الحكم فقالوا: إن قالوا وهمنا، أو اشتبه علينا فلا غرم عليهم، ولا أدب، وإن قالوا زوّرنا غرّموا ما أتلفوا وأدّبوا، وقال آخرون يغرّموا ما أتلفوا في العمد، والوهم، والشّكّ، ويؤدّب المتعمّدون. اهـ. وفي شهادة المدوّنة: إن أخذ شاهد الزّور ضرب قدر ما يراه الإمام، ويطاف به في المجالس، ابن القاسم: يريد في مجالس المسجد الأعظم وفي مفيد الحكّام: اتّفق أصحاب مالك على تغريم شاهد الزّور ما أتلف بشهادته، واختلفوا في تغريمه إذا ادّعى الوهم والشّبه فقال بعضهم: لا غرم ولا أدب، وقال بعضهم: يغرّم اهـ وراجع شرّاح قوله: «وعزّر شاهد الزّور في ملأ بنداء» تنبيهان: الأوّل: ما تقدّم من إمضاء الحكم في رجوع الشّاهد إنّما هو إذا لم يتبيّن كذبه فيما شهد به أوّلاً بأن كان ذلك بإقراره لاحتمال صدقه فيما شهد به أوّلاً، وكذبه فيما رجع إليه، وأمّا إن تبيّن كذبه فإنّ الحكم ينقض إن أمكن نقضه كاستحقاق ربعٍ ونحوه، كمسألة المدوّنة فيمن شهدت البيّنة بموته فبيعت تركته وتزوّجت زوجته، ثمّ قدم حيًّا فإن ذكر الشّهود ما يعذرون به فهذا تردّ إليه زوجته، وليس له من متاعه إلاّ ما وجد، وما بيع فهو أحقّ بالثّمن إن وجده قائمًا فإن

لخصناه من كلام الناس في شرحنا لمسائل الرجوع بعد نقل كلام الناس. قوله: **(وقال أشهب يقتص من الشاهد إلخ)** هذا رجحه غير واحد من المحققين بما يثلج له الصدر، قف على ذلك في الشرح، والحاصل هذه مسائل كثيرة لا يكفي فيها ما ذكر لا سيما وفيها قتل وجراحات وإتلاف أموال.

---

(٢٣) حديثٌ لا أصل له.

لم تأت البيّنة بما تعذر به فذلك كتعمّدهم الزّور فليأخذ متاعه حيث وجده وعبده، وإن كان قد أعتق وأمته، وإن كانت قد صارت أمّ ولدٍ وإلى هذه المسألة أشار الشّيخ خليلٌ بقوله آخر الاستحقاق كمشهود بموته إن عذرت بيّنته، وإلاّ فكالغاصب وكذلك إن شهد رجلان بأنّ هذا الرّجل قتل فلانًا عمدًا فحكم بقتله، ثمّ قدم حيًّا قبل قتل المشهود عليه فإنّ الحكم ينتقض، وكذلك إن شهد أربعةٌ على رجلٍ بالزّنا فحكم برجمه، فوجد الرّجل مجبوبًا فينتقض الحكم، ولا يحدّ الشّهود حدّ القذف إذ لا حدّ على من قال للمجبوب[٢٤] يا زاني، أمّا ما لا يمكن نقضه فلا إشكال في عدم نقضه، ويمضي إذ الفرض أنّ نقضه غير ممكنٍ، وذلك كالحكم بقتل القاتل فقتل ثمّ قدم المشهود بقتله حيًّا، وكالحكم برجم من شهد عليه أربعٌ بالزّنا فرجم فظهر أنّ الّذي رجم مجبوبٌ فلا يحدّ الشّهود للقذف كما مرّ، بل عليهم الدّية في أموالهم مع الأدب وطول السّجن. الثّاني: ما تقدّم من أنّ الرّجوع إذا كان قبل الحكم فإنّ الشّهادة تصير كالعدم بغير الشّهادة بالزّنا ما إن شهدوا بزنا، ثمّ رجعوا قبل الحكم فإنّهم يحدّون حدّ القذف في الحرّ المسلم كما تقدّم عن ابن يونس والله أعلم.

فصل في أنواع الشهادات

ثمّ الشّهادة لدى القضاء	جملتها خمسٌ بالاستقراء
تختصّ أولاها على التّعيين	أن توجب الحقّ بلا يمين
ففي الزّنا من الذّكور أربعه	وما عدا الزّنا ففي اثنين سعه
ورجلٌ بامرأتين يعتضد	في كلّ ما يرجع للمال اعتمد
وفي اثنتين حيث لا يطّلع	إلاّ النّساء كالمحيض مقنع

قسّم النّاظم - رحمه الله - الشّهادة إلى خمسة أقسام: الأوّل: منها ما يوجب الحقّ بلا يمينٍ لكن بشرط تعدّد الشّاهد فيها على الجملة ولو صغيرًا، أو امرأةً. الثّاني: ما يوجبه لكن مع اليمين. الثّالث: لا يوجب حقًّا بل توقيف الشّيء المتنازع فيه. الرّابع: ما يوجب اليمين فقط على المطلوب. الخامس: ما لا يوجب شيئًا ولا عمل عليه، ووجوده كالعدم وهذا التّقسيم هو باعتبار موجب الشّهادة بفتح الجيم أي: ما توجبه وما ينبني عليها. وقسّمها ابن الحاجب إلى أربعة أقسامٍ وسمّاها مراتب، وهذا باعتبار ما يكفي في المشهود فيه

فصل في أنواع الشهادات

قوله: (والطلاق) قال الوانوغي على مضمون قول المتن والمال دون القطع في سرقة ما نصّه:

(٢٤) المجبوب: هو من قطع ذكره.

على اختلاف أنواعه، فبعضه لا يكفي ولا يثبت إلاّ بشهادة أربعة كـالزّنا، وبعضه لا يثبت إلاّ بعدلين، وهو مـا ليس زنا ولا مالاً ولا آيلاً إلى مال كـالنّكاحّ والطّلاق، وبعضـه يثبت برجلٍ وامرأتين، وذلك المال ومـا يئول إليـه كالآجال، والخيار، والشّفـعة، وبعضـه يثبت بامرأتين وهو ما لا يظهر للرّجال كالولادة وعيوب النّساء، وزاد غيره ما يثبت بامرأة واحدة، وذلك الخلطة عند من اشتـرطها في توجّه اليمين على المدّعـى عليه ولكلٍّ من صنيع النّاظم التّابع فيه لابن القـاسم الجزيريّ، وصنيع ابن الحاجب التّابع فيه لابن شـاسٍ وجهٌ وأحدهما قريبٌ من الآخـر أو عينه، فالزّنا مثـلاً تكلّم فيه النّاظم على أنّه إن شهـد به أربعةٌ ثبت بلا يمين، وقال ابن الحـاجب: لا يثبت إلاّ بأربعـة وما ليس بمالٍ كـالنّكاح، والطّلاق في النّظم تكلّم على أنّه إذا شهد به عدلان ثبت بلا يمينٍ وابن الحـاجبّ قال: إنّه لا يثبت إلاّ بعدلين، والمال وما يئـول إليه تكلّم في النّظم علـى أنّه يثبت برجلٍ وامرأتين وابن الحـاجب على أنّه يثبت بذلك وبغيره كامرأتين ويمين، ورجلٍ ويمين، وكلاهما حسنٌ فجزاهما اللّه عن المسلمين خيـرًا، وأعظم لهما ثوابًا وأجـراً. وذكر النّاظمّ في هذه الأبيـات القسم الأوّل الّذي يوجب الحقّ بلا يمين، وتحته ستّة أنواعٍ النّوع الأوّل: شـهادة أربعة عدولٍ في الزّنا يرونه كالمرود في المكحلة. الثّاني: شهادة عدلين في المال وغيـره ما عدا الزّنا وإلىّ هذين النّوعين أشار بقوله ففي الزّنا من الذّكور أربعه البيت. الثّالث: شهادة رجلٍ وامرأتين وذلك في المال، وما يئول إليه، وإليه أشـار بقوله: ورجلٌ بامرأتين يعتضـد الرّابع: شهادة امرأتين فيـما لا يطّلع عليه الرّجال كالحـيض، والولادة إلى ذلك أشار بقوله: وفي اثنتين حيث البـيت ولدى في البيت الأوّل بمعنى عند؛ لأنّها لا تعـتبر فـتوجب حقّـا أو لا توجبه إلاّ عند أدائهـا عند القاضي، والاستقـراء التّتبّع والبحث، وضـمير أولاها للخمس، وبامـرأتين يتعلّق بيعتـضد، وجملة اعتـمد خـبر رجلٍ، وسـوّغ الابتداء به وصـفه بجملـة يعتضـد، ونائبه يعـود على الرّجل الموصوف وهو الرّابط لجـملة الخبر بالمبـتدأ وفي كلّ يتعلّق باعـتمد وفي اثنتين خبـر مقنع، وسوّغ الابتداء به تقدّم الخبر وهو جارٌّ ومجرورٌ واللّه أعلم.

تنبيهاتٌ: الأوّل: قال الشّارح اليمين: المنفـيّة في هذا القسم هي اليمين الّتي يقصد بها تقوية شـهادة الشّهود الّذيـن شهدوا في ذلك، كاليـمين مع الشّاهد الواحد، أو مع شـهادة امرأتين في الأموال ونـحوها، فلا تعترض بيـمين القضاء الواجبـة في حقّ الميّت، والغائب

قلت لشيخنا ابن عـرفة: هذه المسألة يتعلق بها البحث من وجـهين: الأول: أن يقال ندعي أنه قد يؤخذ من هذه المسألة لو شهد رجل وامرأتان على طلاق زوج زوجـته لها عليه صداق حال و قلنا لا يحكم به إلاّ عند الموت أو الفراق أن الطلاق لا يلزم ويقضي بالصداق، وكـذا لو طلقها وصيّر لها داره والشاهد بذلك من ذكر فيصحّ التصيير دون الطلاق قال: وعندي أن الأخذ أحرى لأنه قد اختلف الشيوخ في القضاء بالصداق بدون الطلاق إلخ وهذا كلام حق.

ومن لحق بهما؛ لأنّ تلك اليمين ليست بعاضدة لشهادة الشّهود، ولا مقويّةٌ لها، وإنّما هي في مقابلة فرض دعوى الغريم البراءة من الحقّ، وكذلك لا يعترض بيمين الاستحقاق الواجبة في غير الأصول؛ لأنّها ليست بمقويّة أيضًا، وإنّما هي في مقابلة فرض دعوى صيرورة المستحقّ للمستحقّ منه بهبة، أو غيرها ممّا ينفي اليمين احتمالها، ولا يكفي عنها قول الشّهود وما يعلمونه باعه ولا وهبه؛ لأنّهم إنّما نفوا العلم فقط؛ لأنّهم شهدوا بالملكيّة على البيت، وباستمرارها على العلم، فاليمين في مقابلة دعوى ما لم يعلمه الشّاهد من عدم استمرار الملك لا لتقوية الشّهادة. الثّاني: شمل قوله: وما عدا الزّنا ففي اثنين معه جميع الحقوق الماليّة، والبدنيّة ما عدا الزّنا لتقدّمه، فجميع ذلك يثبت بعدلين على تفصيلٍ في أفراده، إذ منها ما لا يثبت إلاّ بعدلين، ومنها ما يثبت بعدل ويمين، أو بعدل وامرأتين، أو بامرأتين ويمين، فثبوت جميع ذلك بعدلين هو الّذي في النّظمً، والتّفصيل الّذيَ في أفراده هو الّذي في ابنَ الحاجب، وسواءٌ تضمّنت شهادة عدلين إتلاف نفسٍ كالقود، أو عضوٍ كالقطع، أو إباحة بضعٍ كالنّكاح، أو انتهاك بشرة كالتّعزير والحدود، أو إبانة عصمةً كالطّلاق والفسخ، أو إبانة مال كالهبة والعتق، أو نقل ملك كالمعاوضة والبيع، أو تعميرً ذمّة كالسّلم والدّين، أو تعلّق حقٌّ كالعاريّة والرّهن، أو إلزام حكمٍ كالتّعدّي والغصب، الحكم في ذلك واحدٌ، ولكنّ الّذي يختصّ به الرّجال ولا يتمّ إلاّ بهم أحكامٌ مخصوصةٌ من ذلك. قال ابن شاس: المرتبة الثّانية ما عدا الزّنا ممّا ليس بمال، ولا يئول إليه كالنّكاح، والرّجعة، والعتق، (والطّلاق)، والإسلام، والرّدّة، (والبلوغ، والولاء، والعدّة، والجرح)، والتّعديل، (والعفو عن القصاص، وثبوته في النّفس والأطراف) على خلاف فيها،

قوله: **(والبلوغ والولاء)** هذا إن أريد بإثبات البلوغ القصاص مثلاً، وأما إن أريد بإثباته أخذ مال ككونه يسهم له من الغنيمة فربما يكفي فيه شاهد وامرأتان شهدا أنه بلغ ثمانية عشر عامًا، ويدل لذلك مسائل تأتي هنا، وأما الولاء فقال المصنف في فصل الولاء: وإن شهد واحد بالولاء أو اثنان أنه مولاه أو ابن عمه لم يثبت لكنه يحلف ويأخذ المال بعد الاستيناء، وقال في آخر العتق وحلف واستؤني بالمال إن شهد بالبت شاهد أو اثنان أنهما لم يزالا يسمعان إلخ. قوله: **(والعدة)** هذا أيضًا باعتبار أنها تزوج، وأما إن كان الطلاق رجعيًا وادعى أن العدة انقضت لتنقطع النفقة عنه وشهد امرأتان بأنها دخلت في الحيضة الثالثة وقد طلقت بطهر أو في الرابعة إن طلقت بحيض فيحلف ويبرأ من النفقة على ما يظهر مما تقدم وما يأتي هنا. قوله: **(والجرح)** هذا خلاف المذهب فإن جرح الخطأ يكفي فيه الشاهد واليمين ولا إشكال، وكذا جرح العمد وهو قول صاحب المختصر أو قصاص في جرح أي فإنه يكفي فيه الشاهد واليمين، ولذلك قال أيضًا: وجرح خطأ وهذا مبين في شروح المختصر، وقد بيناه في شرحنا بالأنقال المذهبية قف عليها إن شئت، وهذا الشارح تبع ابن الناظم وهو تبع غيره وذلك خلاف المذهب، والقصاص في الجرح إحدى مسائل الاستحسان، نعم الخلاف قوي في المسألة غاية واستوفيناه في شرحنا والحمد لله ولكن ذلك هو

والنّسب، (والموت، والكتابة) والتّدبير وشبه ذلك، (وكذلك الوكالة، والوصيّة) عند أشهب وعبد الملك، وشرط ذلك كلّه التّعدّد والذّكوريّة ا هـ على نقل الشّارح. فهذه تسع عشرة مسألةً ممّا لا يثبت إلاّ بعدلين، ومثلها لابن الحاجب، وفي الباب الثّاني من القسم الثّاني من تبصرة ابن فرحون ما نصّه الباب الثّاني في القضاء بشاهدين لا يجزئ غيرهما وذلك في

المشهور فافهم. قوله: **(والعفو عن القصاص)** هذا ظاهر في العفو عن القتل، وأما الجرح فانظره، لكن عبارة التوضيح عن ابن القاسم: ولا تجوز شهادتهن أي النساء مع رجل في العفو عن الدم كما لا تجوز في دم العمد اهـ. ودم العمد فيه تفصيل وهو أن الجرح خطأ أو عمداً يجوز فيه عمد ويمين، وكل ما يجوز فيه عدل ويمين يجوز فيه النساء مع عدل كما بيّناه في الشرح وإن كان فيه خلاف كثير. قوله: **(وثبوته في النفس)** قال في المختصر صدر الجنايات ما نصّه: ومن أقام شاهداً على جرح أو قتل كافر أو عبد أو جنين حلف واحدة وأخذ الدية إلخ فيقيد قولهم القتل إنما يثبت بعدلين بغير هذا فافهم. وقال في المختصر في الشهادات كقتل عبد آخر. قوله: **(والأطراف إلخ)** بيّنا الراجح من ذلك. قوله: **(والموت)** قال في المختصر في فصل التنازع: ولو أقام المدعي شاهداً أي على الموت حلف معه وورث فباعتبار المال الذي هو الإرث يصحّ الموت بشاهد ويمين وهذا هو المذهب وهو قول ابن القاسم خلافًا لأشهب. وقال في المختصر في كتاب الشهادات ما نصّه: أو موت ولا زوجة ولا مدبر ونحوه فانظر ذلك في شروحه. وقال أيضًا في الباب ونكاح بعد موت. قوله: **(والكتابة)** أي ادعى العبد أن سيده كاتبه ليعتق بذلك وإن كان المال يلزم ذلك والخلاف فيها هل هي عتق أو بيع وكان هذا على الأول، وأما على الثاني فيكفي الشاهد وإن كان يؤدي إلى العتق لأن المعتبر هو المشهود به مطابقة، فإن كان مالاً كفى الشاهد واليمين وإن أدّى لغير المال والعكس بالعكس كما في شروح المختصر وغيرها بل وفي المختصر، وأما أداء الكتابة فالشاهد واليمين كاف فيه وهو قول المختصر وأداء كتابة فافهم. قوله: **(وكذلك الوكالة والوصية)** قال ابن الحاجب: وكذلك الوكالة بالمال والوصية على المشهور أي في كونهما لا يشترط فيهما عدلان ذكران، ففي التنبيه لابن المناصف: واختلف في الشاهد الواحد على التوكيل بالمال من غائب هل يحلف الوكيل معه ليثبت التوكيل أو لا؟ فالأشهر المنع، واستحسنه اللخمي، إلاّ أن يتعلق بذلك التوكيل للوكيل نفع مثل أن يكون له على الغائب دين أو لأنه يقرّ المال في يديه قرضًا وما أشبه ذلك فيحلف ويستحق، ونقل ابن فرحون هذا. وفي المتيطي ما نصّه: فإن شهد على غائب بوكالة فيروى أنه يحلف الوكيل وتثبت وكالته، والذي عليه العمل أنه لا يحلف معه، قال ابن دحون: يلزم من أجاز شهادة النساء على الوكالة في المال أن يجيزها بالشاهد واليمين، قال بعض الشيوخ: وليس ذلك بصحيح إذ ليس كل موضوع يجوز فيه شاهد ويمين هذا لفظه، ومراده ببعض الشيوخ هو ابن رشد، ولعل ابن دحون قصد اليمين من المنتفع بالوكالة على ما يأتي أنه صحيح، مع أن ابن عرفة نظر في ردّ ابن رشد عن ابن دحون وقد بيّنا هذا في شرحنا، وحاصل ما لخصناه أن الوكالة على المال تصحّ بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين إن كان الوكيل له نفع في هذه الوكالة، كما إذا وكله على قبض دين وهبه له مثلاً، وأما إن لم يكن له نفع وقام له شاهد فلا يحلف معه على

النّكاح والطّلاق، (والخلع)، والتّمليك، والمباراة، والعتق، والإسلام، والرّدّة، والنّسب، والكتابة، والتّدبير، والبلوغ، والعدّة، والجرح، والتّعديل، والشّرب، (والقذف، والحرابة، والشّركة، والآجال)، والأحصال، وقتل العمد، وكذلك الوكالة، والوصيّة عند أشهب فهذه الأحكام لا تثبت إلاّ بشاهدين ذكرين حرّين عدلين، قاله ابن رشد، وغيره. ا هـ. وانظر عدّة الخلع والمباراة مع أنّهما داخلان في الطّلاق، والفرق بين الخلعّ والمباراة والافتداء أنّ المباراة أن تقول المرأة لزوجها قبل البناء: خذ ما أعطيتني واتركني، والخلع بأن تختلع بكلّ الّذي لها، والافتداء أن تفتدي ببعضٍ وتمسك بعضًا، قاله في المقرّب. قال مقيّد هذا الشّرح سمح اللّه له وقد كنت نظمت هذه النّظائر في أبياتٍ تقريبًا للحفظ فقلت:

وشاهدان في النّكاح والطّلاق والخلع والإبراء وتمليك عتاق

وردّة إسلامٍ أو بلوغٍ أو عدّةٍ أو جرحٍ وتعديلٍ حكوا

ما به العمل ولا تثبت، وما ذكرناه من حلف الوكيل الذي له نفع في الوكالة سلمه ح وغيره، وظاهر كلام غير واحد أن الوكيل لا يحلف مطلقًا وذلك هو الحق إن شاء الله تعالى، لأن الوكيل الغائب الذي اسمه زيد مثلاً لعمرو ليقبض من خالد مثلاً ألف دينار وخالد مقرّ بها فإن الوكيل إذا قبضها ربما يفرّ وربما يعدم، فلسنا على وثوق من التوكيل إذ الشاهد إنما اعتبر على القول به مع حلف رب المال والأعذار في الشاهد للمحكوم عليه والوكالة لا إعذار فيها كما قدمناه صدر الوكالة في الجملة، ولو كان المنتفع يحلف مع الشاهد للزم أن يحلف مع الشاهد من له نفقة واجبة على زيد إن قام له شاهد بدين وغاب، والمصنف لم يذهب في مختصره على أن من له نفع يحلف فإنه قال صبي وأبوه وإن أنفق أي فإنه يحلف مع أن الأب له النفع في إسقاط الإنفاق عليه وقف عليه في الشرح تر كلام الناس فيه، وأما الوصية فعلى إبضاع بناته لا تصحّ إلاّ بشاهدين ذكرين وبمال لزيد فإن زيدًا يحلف مع شاهده ويقضى له بها، وكذا إن شهد له امرأتان بذلك، وأما إن شهد له بذلك عدل وامرأتان فتثبت ولا يمين، وأما إن شهد بأنها للمساكين ولم يشهد بذلك إلاّ عدل أو امرأتان فلا تصحّ لأنه لا معين هنا يحلف وامرأتان وعدل تثبت ولا إشكال، وأما الوصية بشراء عبد يعتق ففي ذلك خلاف قف على هذا كله في الشرح. قوله: **(والخلع)** هذا كالكتابة المتقدمة، فإن ادعت الزوجة الخلع قاصدة طلاقها لذلك فذلك لا بدّ فيه من شاهدين إن أنكر الخلع أصلاً، وأما المال المتعلق بهذا فلا يحتاج رلى عدلين وذلك مبين في شراح المختصر. قوله: **(والقذف)** أي وكذا الشتم الموجب للأدب لا يثبت إلاّ بعدلين وفي ذلك خلاف لكن المشهور أنه كالقذف مع أن القذف فيه خلاف أيضًا لكن المعروف أنه لا بدّ فيه من عدلين. قوله: **(والحرابة)** أي إذا أريد إثبات حرابته ليقتل مثلاً. قوله: **(والشركة والآجال إلخ)** الشركة بيع كما في ابن عرفة وغيره فكيف يشترط في ثبوتها عدلان والآجال آيل إلى المال إن كان المؤجل بها مالاً مع أن صاحب المختصر مثل بقوله كأجل لما يكفي فيه غير عدلين، والحاصل هذان يثبتان بما يثبت به المال وما هنا لا يظهر أصلاً، وإنما ذكر هذا ابن فرحون ولم أقف على من وافقه ممّن ننقل عنه.

ونسبٍ كتابةٍ تدبيرٍ مع شربٍ وقذفٍ وحرابةٍ تبع
وأجلٍ مع قتل عمدٍ شركة إحصالِ التّوكيل والوصيّه
عفو القصاص وثبوته الولا ورجعةٍ موتٍ كذاك نقلا
لجل لحاجب وفرحونٍ لدا تبصرةٍ بشان قسمٍ قد بدا

التّنبيه الثّالث: شمل قوله: ورجلٌ بامرأتين يعتضد البيت ثلاثة أنواعٍ الأوّل: الشّهادة على ما ليس بمال، ولكنّه يئول إلى المال، ويظهر أنّ هذا هو منطوق البيت المذكور. الثّاني: عكسه وهو الشّهادة على المال، ولكنّه يئول إلى غير المال، وكان دخول هذا النّوع في كلام النّاظم من باب لا فارق بينه وبين ما قبله. الثّالث: الشّهادة على المال المحض، ودخوله في النّوع الأوّل المصرّح به في النّظم من باب أولى، إذ هو أخفّ والله أعلم. فمثال الأوّل: الوكالة، ونقل الشّهادة على من شهد بمال، (والشّهادة على خطّ القاضي) إذا كان مضمّنه مالاً، وعلى النّكاح بعد موت الزّوج أو الزّوجة، أو على ميّت أنّ فلانًا أعتقه، أو على نسبة أنّه ابن فلان، أو أخوه إن لم يكن هناك وارثٌ ثابت النّسب، قال الشّارح: فأجراها ابن القاسم على حكم الشّاهد على المال لمّا كان المستحقّ بها مالاً، وأبقاها أشهب وعبد الملك على الأصل لأنّها ليست على مال كالنّكاح وشبهه ا هـ، وعلى مذهب ابن القاسم ذهب النّاظم. ومثال الثّاني: لو شهد رجلٌ وامرأتان أنّ المكاتب دفع كتابته لسيّده، أو شهدوا لرجلٍ أنّه باع أمته من ابنها أو زوجها جازت الشّهادة، وعتق المكاتب والأمة على ابنها ووقع الفراق بين الزّوجين ا هـ. قلت: ولا يبعد تخريج الخلاف في هذا النّوع من الّذي قبله إذ هما من قاعدة واحدة وهي: هل ينظر إلى الحال، أو إلى المآل؟ وللمسألة نظائر. ومثال الثّالث البيع كان على النّقد أو الأجل والقرض، أو القراض، الوديعة، والإجارة، والكفالة بالمال، ودية الخطأ والعمد إذا كان لا قود فيه. الرّابع دخل في قوله وفي اثنتين حيث البيت كلّ ما ينفرد النّساء بحضوره دون الرّجال وذلك مثل: الحيض، (والرّضاع) والاستهلال، والولادة، وعيوب الفرج، فتثبت هذه الأشياء بامرأتين عدلتين قال في الرّسالة: وشهادة امرأتين فقط فيما لا يطّلع عليه الرّجال من الولادة، والاستهلال وشبه ذلك جائزةٌ، واختلف في شهادتهما على كون المولود ابنًا، ولم يتعذّر تأخيره لشهادة

قوله: **(والشهادة على خط القاضي إلخ)** انظر الشهادة على الخط مطلقًا عند قول المتن «وأنهى لغيره» إلخ. وعند قوله: «وجارت على خط مقر» إلى آخر تلك المسائل. قوله: **(والرضاع إلخ)** قال في المختصر: ولما لا يظهر للرجال امرأتان كولادة وعيب فرج واستهلال وحيض إلخ ولم يذكر الرضاع وقد قال في المختصر في الرضاع: ويثبت برجل وامرأة وامرأتين إن فشا قبل العقد، وهل تشترط العدالة مع الفشو تردد وبرجلين لا بامرأة ولو فشا إلخ فمرّ على أنه

الرّجال، كما اختلف أيضًا في إرخاء السّتر، هل هو ممّا يختصّ به النّساء أم لا؟.

وواحـــد يجـزئ فـي باب الخبـــر   واثـنان أولـى عـنـد كل ذى نـظـر

هذا هو النّوع الخامس، ممّا دخل تحت القسم الأوّل من أقسام الشّهادة، وهو ممّا يوجب الحقّ بلا يمين، وهو خبر المخبر وذلك كـالقائف، والموجّـه من قـبل القاضي للتّـحليف، والحيازة ومـا أشبهه، وفي عـدّة من أقسام الشّهـادة مسامحةٌ، (إذ هو مـن باب الخبر) وهو مغايرٌ للشّـهادة في حكمه لكونه يكفي فيـه الواحد، والشّهادة يشـترط فيها التّـعدّد، ووجه إدخال النّاظم له في باب الشّهـادة وخصوصًا في القسم الأوّل منها كـونه مثلها يوجب الحقّ بلا يمين، مع استـحبـاب التّعـدّد فيه، لقـوله «واثنان أولى عند كلّ ذي نظر» فـدخل بهذا الاعتبار مع أقسام سائر الباب. قال ابن رشد: القياس على أصولهم أن يحكم بقول القائف الواحـد، وإن لم يكن عدلاً؛ لأنّه علمٌ يؤدّيه ولـيس من طريق الشّهـادة، كمـا يقبل قـول النّصرانيّ الطّبيب فيما يحتاج إلى معرفتـه من ناحية الطّبّ، كالعيوب والجراحات، فاشتراط ابن القاسم فيـه العدالة استحـسانٌ. ا هـ. قال الشّارح: والقيـاس على أصولهم أن يحكم بقول القـائف الواحد، وإن لم يكن عـدلاً مع أنّ ظاهر الرّوايات اشتـراط العدالة، (والّذي يتّضح) أنّ العدالة شـرطٌ فيمن يقبل قوله من شاهد، أو مـؤدّي خبر قائفًا كان أو طـبيًا أو سواهما، فإذا وجدت العدالة فلا معـدل عنها، وإنّ لم توجد فإنّ الملائم بتصرّفات الشّرع، أنّ هذه الشّروط الّتي هي تكميـلٌ للمشروط إذا أعذرت بالجـملة حتّى يعود اشتـراطها على أصلها بالإبطال، فإنّها تلغى حينئذ، كما يقال إنّ الزّكاة شرطٌ في حلّيّة المأكول، فإذا اضطرّ المكلّف لم يعتبـر هذا الشّرط، وكذلك ستر العورة في الصّلاة، وعـدم الماء في التّيمّم على قول أشـهب وما أشبـه ذلك، وفي كلام الشّيخ أبي إسـحاق الشّاطبيّ أنّه لو فـرض ارتفاع العدالة جملةً لكان أمثل من يوجد هو العدل ا هـ ببعض اختصار.

وبشـــهـــادةٍ منِ الصّـــبـيـــانِ في   جـرحٍ وقـتـلٍ بينهـم قـد اكـتـفي

يثبت برجلين وذلك هو المشهور كـما في ابن فرحون وغيره، وقيل: إنما يكفي فـيه أربعة عدول، والحاصل مـا في فصل الرضاع يكمل به مـا ترك هنا. قوله: **(إذ هو من باب الخبر إلخ)** الشهادة خبر أيضًا ولكن هذا خبر تقابل به الشهادة وفي الفـرق بين هذا الخبر المقابل للشهادة عسر حتى أن الخبر لا يشتـرط فيه التعدد ولا يمين مع الواحد والشهـادة بعكس ذلك مع أن حكم الحاكم يتوقف عليهما، وقد ذكرنا في ذلك تحقيقًا قف عليه إن شئت صدر الشهادة وفي. . . .

قوله: **(والذي يتضح إلخ)** هذا هو الصحيح انظره عند قول المختصر وقبل للتعذر غير عدول وإن مشركين إلخ، فقـول من قال يقبل وإن لم يكن تعذر فذلك غير صحـيح واعتراضه على المتن لم يصب فيه.

وشـرطهـا التّـمـيـيـز والذّكـورة والاتّفـاق في وقـوع الصّـورة

من قـبـل أن يفـتـرقـوا أو يدخـلا فـيـهـم كـبـيرٌ خـوف أن يبـدّلا

هذا هو النّوع السّادس من القسم الأوّل من أقسام الشّهادة، وهو ما يوجب الحقّ بلا يمين، وهو شهادة الصّبيان بعضهم على بعض فيما يقع بينهم من الجراح والقتل، فيجوز ويكتفى من غير يمين ابن الحاجب: وتقبل شهادة المميّز من الصّبيان بعضهم على بعض في الدّماء خاصّة، وعليه إجماع أهل المدينة، وقال ابن أبي مليكة: هي السّنّة وما، أدركت القضاة إلاّ وهم يحكمون بها بخلاف النّساء في المآتم والأعراس على الأصحّ. التّوضيح: أي فلا تقبل، والأصحّ لمالك ومقابله في الجلاب عن بعض الأصحاب وألحق بالأعراس الحمّام، (والفرق على المشهور) أنّ شهادة الصّبيان على خلاف الأصل، فلا يصحّ القياس عليها ا هـ، ولقبول شهادتهم شروطٌ أوّلها: التّمييز فلا يقبل قول غير المميّز منهم. (الثّاني: الذّكورة) فلا يقبل الإناث منهم على قول مالك في المدوّنة، وهو الّذي اعتمد النّاظم. الثّالث: الاتّفاق على الشّهادة؛ لأنّ اختلافهم فيها شاهدٌ بداخلة دخلت عليهم في تحصيلها. الرّابع: عدم افتراقهم لأنّه مظنّة تعليمهم، فإن تفرّقوا لم تقبل إلاّ أن يشهد العدول على شهادتهم قبل تفرّقهم. الخامس: أن لا يدخل بينهم كبيرٌ وإن كانوا مجتمعين، خوف تبديله لهم ما كانوا عملوه، وقد اقتصر النّاظم على هذه الشّروط الخمسة، وزاد ابن الحاجب في الشّروط. سادسًا وهو: أن يكونوا أحرارًا فلا يقبل العبيد أشهب: ولا من فيه بقيّة رقٍّ؛ لأنّه إذا لم تجز شهادة كبارهم فأحرى صغارهم. وسابعًا وهو أن يكونوا محكومًا بإسلامهم قال في البيان: ولا أعلم فيه خلافًا. وثامنًا وهو: أن يشهد منهم اثنان فصاعدًا قياسًا على الكبار، ولا تجوز شهادة الواحد عند مالك وابن القاسم، ولا تكون معه قسامةٌ ولا يحلف في الجراح. وتاسعًا وهو مختلفٌ فيه: وهو أن لا يكون الشّاهد قريبًا للمشهود له ولا عدوٌّ للمشهود عليه. التّوضيح: واختار جماعةٌ قول ابن القاسم أي بأنّ ذلك يقدح؛ لأنّا علمنا بالعادة من حال الأطفال الميل إلى القريب، والبغض للعدوّ. وعاشرًا وهو: أن

قوله: (والفرق على المشهور إلخ) ويزاد بأن اجتماع الصبيان فيه للتدرب على الرمي النافع في الجهاد وما أشبه ذلك ولا كذلك مجامع النساء ونص الجواهر في ذلك: وإنما جازت هذه الشهادة لأن الشرع ندب إلى تعليمهم الرمي والثقاف والصراع إلى سائر ما يدربهم على حمل السلاح والطعن والضرب والكر والفر توقيح أقدامهم وتصليب أعضائهم وتعليمهم البطش والحمية والأنفة من العار والفرار إلخ وهذا منه بلفظه. وقوله والثقاف في القاموس امرأة ثقاف كسحاب فطنة وككتاب الخصام والجلاد إلخ، وأصل ما في الجواهر للقاضي في المعونة ويفهم منها أن تدريبهم على ما ذكر واجب. قوله: (الثاني الذكورة إلخ) هو المناسب لأحد جزأي التعليل المتقدم قبيله.

تكون الشّهادة من بعضهم على بعض، فلا تجوز شـهادتهم لصغيرٍ على كبيرٍ ولا بالعكس، خلافًا لابن الماجشون، ويفهم هذا الشّرط من قول النّاظم «بينهم». قوله «وبشهادة» يتعلّق بـ «اكتفي»، و «من الصّبيان» يتعلّق بمحذوف، صـفةٌ لشهادة، و «في جرحٍ» يتعلّق بشهادة، و «بينهم» يتعلّق بمحذوف، صفةٌ لجرحٍ وقـتلٍ فرعٌ قال ابن الحاجب: ولا يقبل رجوعهم، ولا تجريحهم التّوضيح: يعني لا يقبل رجوعـهم عمّا شهدوا به، (ولو كان الرّجوع قبل الحكم) لأنّ الظّاهر أنّ ما شهـدوا به أوّلاً هو الحقّ الواقع، وأمّا الثّاني فمن التّعليم، وأمّـا تجريحهم فقال ابن الموّاز: لم يختلف أنّه لا ينظر إلى ذلك؛ لأنّ رأس أوصاف العدالة عدمٌ منهم وهو البلوغ، ا هـ وإلى المسألة برمّتـها أشار الشّيخ خليلٌ بقوله: إلاّ الصّبيـان لا نساءً في كعرسٍ في جرحٍ، أو قـتلٍ، والشّاهد حرٌّ مميّزٌ ذكـرٌ تعدّد ليس بعدوٍّ ولا قـريبٍ، ولا خلاف بينهم وفرقة، إلاّ أن يشهد عليهم قبلها ولم يحضر كبيرًا ويشهد عليه أوّله ولا يقدح رجوعهم ولا تجريحهم.

فصلٌ

ثانيــةٌ تـوجب حـقًّـا مع قـسم في المـال أو مـا آل لـلمـال تؤم

شـهـادة العـدل لمن أقـامـه وامـرأتان قـامـتـا مـقـامـه

هذا هو القسم الثّاني من أقسام الشّهادة الخمسـة، وهي الشّهادة الّتي توجب الحقّ مع اليمين، وتحت هذا القسم أربع أنواعٍ الأوّل: شـهادة العدل الواحد. الثّاني: شـهادة امرأتين إذا عدّلتـا، وعلى هذين النّوعين نبّه بقـول شهادة العـدل البيت. النّوع الثّـالث: في قوله: «وها هنا عن شاهد قد يـغني» الأبيات الثّلاثة والرّابع: في قوله «وغالـب الظّنّ» البيت فإذا شهـد عدلٌ واحـدٌ في المال، أو في غيـر المال، ولكنّه يئـول إلى المال، وحلف الطّالب مع العدل فإنّ الحقّ يثبت، وقد تقدّمت أمـثلة ذلك في التّنبيه الثّالث، إلاّ أنّ الكلام ثمّة أنسب لكونه ثبت بالعدلين من غـير يمينٍ، وهنا لكونها ثبـتت بعدلٍ واحدٍ مع اليمين، أو مـا يقوم مقـام العدل وهو امرأتان مع اليـمين أيضًا، وكذلك إذا شـهدت امرأتان، أو عـدلٌ بما ذكر وحلف الطّالب فإنّ الحقّ يثبت أيضًا.

قوله: **(ولو كان الرجوع قبل الحكم)** أي وقد رجع قبل البلوغ وأما بعده وقـد عدلوا فيقبل رجوعـهم كما في شـروح المختصـر، وفي ابن الحاجب وغيـره يشترط الإسـلام أي يكون الصبي محكومًا بإسـلامه وذلك صحيح، والشـهادة على القتل هنا إنما تتم مع تعيّن الميت عـلى ما يظهر رجحانه من الأنقال المذكورة هنا، وإن كان ظاهر كـلام ابن القاسم يقتضي أن ذلك لا يشترط لأن هذه شهادة ضعيفة، ولا كذلك في شهادة امـرأتين بالاستهلال كما فرّق به ابن رشد بين المسألتين، والخلاف في هذه الشهادة واسع جدًا.

(قال الشّارح: والحكم بالـشّاهد واليمين) في المذهب المالكيّ متّـفقٌ عليه، وفي خارج المذهب خلافٌ ولا داعي لنقله، ثمّ نـقل عن ابن يونس أنّ رسول اللّه ﷺ قضى بالشّاهد واليمين[٢٥] في الأموال دون العتق، والنّكاح، والطّلاق، والحـدود، والعقل (وفي المقرّب) قـال ابن القـاسم: وإن شـهـدت امـرأتان أنّ المـيّت أوصى لهـذا الرّجل بـكذا حلف مع شهادتهما، واستحقّ الوصيّة إن لم يشهد معهما رجلٌ، وشهادة امرأتين، ومائة امرأة في هذا سواءٌ، وفـيه قال ابن القـاسم: وإن شهدتا لعـبدٍ، أو امرأةٍ بمالٍ لهـما على رجلٍ حلف مع

قوله: **(قال الشارح والحكم بالشاهد واليمين إلخ)** أطال الناس في هذا وجلبوا أنقالاً في هذا الخلاف ونقلناه بتمامه عند قول المتن وما ليس بمال إلى آخر تلك المسائل في كتاب الشهادات. قال ابن سهل ما نصّـه: ومن صحّ نظره في أحوال الناس لم تطلب نفسه أن يقـضي إلاّ بالشاهد المبرز في العدالة وهذا منه بلفظه ثم قـال: وكان يحيى بن يحيى من أصحـابنا لا يقول به. وفي أحكام ابن زياد عن محمد بن بشير القاضي أنه لم يحكم في ولايته باليمين مع الشاهد إلاّ حكمًا واحدًا. وحكى عبيد الله بن يحيى عن أبيه التخيير في ذلك للقـاضي، فإن كان ما شهد به الشاهد مشهورًا عند الناس أو كان كتابًا قديمًا مات شـهوده إلاّ هو قبل اهـ. بلفظه. والذي في نقل ابن فرحون إلاّ واحدًا مـبرزًا، ثم قال مـا نصّه: وقال ابن لبـابة اختلاف العلـماء وما ذهب إلـيه مالك في ذلك معـروف وقضاتنا لا يرون ذلك وأنا مـتوقف على الاختيـار في ذلك، وقال في نوازل قضـية من المعيار. وسئل ابن لب عن الحكم بـالشاهد واليمين، فأجاب: القضاء بالشـاهد مع اليمين مختلف فيه بين أهل العلم وقد منعـته الحنفية وأجازته المالكية، لكن قال محـمد بن عبد الحكم: إنما ذلك في الشاهد العدل البـيّن العدالة وحمل على التفـسير للمذهب، وقد كـان القاضي أبو بكر هنا لا يحكم به إلاّ مع شاهد مبرز ولا يأخذ مع غيره، أما إن ظهرت ريبة في القضية وكان الأخذ بذلك مؤديًا إلى فسخ عـقد ثابت الصحة فلا وجه للأخـذ بذلك ح اهـ. بلفظه. وما ذكره ابن لب عن ابن عبد الحكم ربما يدل له كلام ابن سهل وغيـره وقد رأيت ذلك، ولكن ظاهر كلام الجمهور من المالكية أنّ مـا قاله ابن عـبد الحكم مخـالف للمذهب لا تفسـير، وإن رأيت ذلك مـقولاً في هذا الكلام والناس إنما يحكمون بالعـدل مع اليمين، ولم أقف على من قيّـد كلام أهل المذهب المدونة وغيرها بما ذكره محمد بن عبد الحكم، والإنسـان يتحير في أمثال هذه الأمور الصعاب، والواجب المتعين في هذا بحسب ما ظهر لنا من كلام الفحول هو التفصيل، فإن كان المشهود له يمكنه الإتيان بمبرز والحكاية فـيها دعوى بعـيدة في الجملة والمدعي له بإن لم يـقنع بغير المبرز وإن كـان الإتيان بالمبرز تعذر الدعوى قريبة والمال لم يكثر جدًّا اكتفى بمطلق عدل، ولو كان مزكى باثنين مبرزين،

(٢٥) [حديث صحيح]: أخرجه مسلم (١٧١٢)، وأبو داود (٣٦٠٨، ٣٦٠٩)، وابن ماجـه (٢٣٧٠)، وأحمد في المسند (٢٤٨/١، ٣١٥، ٣٢٣، ٣٤٨)، والبيـهقي في السنن الكبـرى (١٦٧/١٠) كلهم من حديث ابن عبـاس مرفـوعًا وفي الباب عن أبي هـريرة: أخرجه أبو داود (٣٦١٠)، والتـرمذي (١٣٤٣)، وابن مـاجه (٢٣٦٨)، وابن حبان في صحيحه (٥٠٧٣)، والبيهقي في السنن (١٦٨/١٠)، وفي الباب عن جابر أخرجه الترمذي (١٣٤٤)، وابن ماجه (٢٣٧١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٧٠، ١٧٢).

شهادتهما، وإن شهدتا لصبيٍّ لم يحلف حتّى يكبر وقال ابن عرفة: إنّ اليمين مع الشّاهد في الحقوق الماليّة كشاهدين. وفي الموطأ: قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشّاهد[٢٦]، ومن المدوّنة قال مالكٌ: ومن أقام شاهدًا على رجلٍ أنّه تكفّل له بما على فلان حلف مع شاهد، واستحقّ الكفالة قبله؛ لأنّ الكفالة بالمال إنّما هي مالٌ مثل: الجرح الّذي لا قصاص فيه إنّما هو مالٌ.

فرعٌ: ويتحاصص من قضي له في دينه بشاهدٍ ويمينٍ، مع من قضي له بشاهدين.

فرعٌ: من له حقّان في كتابين قام له بكلّ حقٍّ شاهدٌ، فليس نكوله عن أحدهما يسقط حقّه في الآخر.

(فرعٌ: في سماع عيسى) عن ابن القاسم: من أقام شاهدًا على أنّ القاضي قد قضى له، فلا يحلف مع شاهد، ولا يجوز في ذلك إلاّ الشّاهدان؛ لأنّه من وجه الشّهادة على الشّهادة، والشّهادة على قضاء القاضي شهادةٌ على شهادة. ا هـ ولعلّ وجه ذلك أنّ مستند حكم القاضي هو شهادة الشّهود، فالشّهادة على الحكم شهادةٌ على مستنده.

ولكن قلت الأمانة وضعفت الديانة فأين المفصل المعتبر لما ذكرناه فالله يسامح الجميع. وإذا كان ما قاله ابن سهل في أحوال أهل زمانه فكيف بأحوال أهل زماننا؟

قوله: (فرع في سماع عيسى إلخ) هذا خلاف المذهب بل حكم القاضي يثبت بشاهد ويمين وهو قول مطرف وأصبغ وهو ظاهر المدونة ومقابله بعيد بل المشهور هو الثبوت، وكلام ابن الحاجب معترض وكذا من تبعه كالمواق وغيره، ولذلك قال في المختصر عاطفًا على ما يكفي فيه الشاهد واليمين أو بأنه حكم له به إلخ، نعم الشهادة على خط القاضي في الإنهاء لا بدّ فيه من شاهدين على خلاف في ذلك، ولله درّ صاحب الشامل في هذا حيث قال: وكذا بأنّ القاضي قضى عليه بمال وشهر خلافه وأنكر تشهير ابن الحاجب بعدم الكفاية وهو تابع للتوضيح، والحاصل ما اقتصر عليه هذا الشارح ليس هو المذهب بل المذهب هو ما في المختصر وكان هذه غفلة منه سامحه الله تعالى، ولكن تبع ابن الناظم وابن الناظم ساق المسألة عن ابن القاسم ولم يذكر تشهيرًا وإنما حكى ما ذكر فخفف أمره، والمنكر للتشهير المذكور هو ابن عبد السلام، وقال ابن عرفة عن ابن رشد أثناء كلام في المسألة ما نصّه: قوله أي ابن القاسم إن المقضي له لا يحلف مع شاهده على أمر القاضي وقضائه هو على خلاف أصله في المدونة. ثم قال في الواضحة: إن حكم الحاكم لا يستحق باليمين مع الشاهد وهو تأويل بعيد، وظاهر المدونة أنه يستحق بهما وهو قول مطرف وأصبغ، ويجوز فيه على قول ابن القاسم شاهد وامرأتان إلخ، وانظر تمام الكلام على المسألة في الشرح.

---

(٢٦) [حديث صحيح]: أخرجه الترمذي (١٣٤٥)، وابن ماجه (٢٣٦٩)، ومالك في الموطأ (١٤٦٨).

(تنبيهٌ: قال الشّارح): نقص النّاظم ممّا عدّه الجزيريّ والمتيطيّ تحت هذا القسم شهادة غير العدل في إجابة القسامة ممّا في رواية أشهب عن مالك، والجواب أنّه اكتفى بذكر ذلك في أحكام الدّماء، فأغناه ذلك عن ذكره هنا قصداً للاختصار. ا هـ. يعني ذكره في قوله ومالكٌ فيما رواه أشهب قسامةٌ بغير عدل يوجب وفي هذا الجواب ما لا يخفى لأنّ المقصود في هذا المحلّ جمع النّظائر، وهي أوجه للشّهادة الّتي يثبت بها الحقّ مع اليمين، فعدم ذكر بعضها في هذا المحلّ وإن ذكر في موضع آخر يفيت المقصود المذكور والله أعلم. ولو أجاب بكونه على غير المشهور لكان أقرب على أنّ جمع النّظائر لا يقتصر فيه على المشهور.

وها هنا عن شاهدٍ قد يغني إرخاء سترٍ واحتياز رهن

واليد مع مجرّد الدّعوى أوان تكافأت بيّنتان فاستبن

والمدّعى عليه يأبى القسما وفي سوى ذلك خلفٌ علما

ولا يمين مع نكول المدّعي بعد ويقضى بسقوط ما ادّعي

هذا هو النّوع الثّالث من الأنواع الأربعة المندرجة في القسم الثّاني من أقسام الشّهادة، وهو الّذي يوجب الحقّ مع اليمين، وهو الشّاهد العرفيّ، ومثّل له بأمثلة خمسة: الأوّل: إرخاء السّتر، والمراد به إذا خلا الزّوج بزوجته خلوة اهتداء أي خلّي بينه وبين امرأته، فادّعت المسيس وأنكره، فإنّ القول قولها ولها الصّداق كاملاً، قال في التّوضيح: والتّخلية بين الزّوج وزوجته هو مراد علمائنا بإرخاء السّتور، وليس المراد إرخاء ستر ولا إغلاق باب، قاله ابن أبي زمنين، ثمّ قال في توجيه كون القول قول المرأة: لأنّ الحامل على الوطء أمرٌ جبلّيٌّ؛ لأنّ العادة أنّ الرّجل إذا خلا بامرأته أوّل خلوة، مع الحرص عليها والتّشوّف إليها قلّ ما يفارقها قبل الوصول إليها. ا هـ. فإرخاء السّتر قائمٌ للزّوجة في دعوى المسيس مقام الشّاهد، فتحلف معه وتستحقّ الصّداق كاملاً، (ولا فرق على المشهور) في كون القول قولها بين أن يقوم بها مانعٌ شرعيٌّ كأن تكون محرمةً بحجٍّ، أو عمرة، أو تكون حائضاً أو في نهار رمضان أو لا، قال في التّوضيح: ورأى بعضهم أنّها لا تصدّق مع المانع الشّرعيّ إلاّ على من يليق به ذلك، وأمّا الصّالح فلا.

قوله: **(تنبيه: قال الشارح إلخ)** لكن كلام أشهب هو المذهب بل المذهب أن القسامة إنما تكون مع العدل خلاف ما يوهمه كلام الشارح، انظر عند قول المختصر: وكالعدل فقط في معاينة إلخ آخر كتاب الشهادات، ولعل هذا هو الذي أوجب ترك صاحب التحفة لهذا لأنه أراد أن جمع النظائر المشهورة إذ ذاك هو الذي تكثر فائدته. ثم ذكر ذلك في بابه لبيان الخلاف، مع أن صاحب التحفة مقصده الأعظم هو تبيين الراجح وما به العمل كما هو معلوم، وقد أشار لهذا هذا الشارح آخر كلامه. قوله: **(ولا فرق على المشهور إلخ)** هذه المسألة هي قول المختصر في فصل الصداق

(فرعٌ: قال ابن الحاجب): وكـذلك المغصوبة تحمل ببيّنـة وتدّعي الوطء، لها الصّداق كاملاً ولا حدّ عليها. قال في التّوضيح: لهـا الصّداق كاملاً بيمين قاله في الواضحة (وعن مالك في الّتي تعلّقت) بـرجلٍ وهي ترى أنّ لها الصّداق بغيـر يمينٍ، واستحـسنه اللّخميّ، واختـار ابن يونس وغيـره الأوّل، وإنّما ثبت الـصّداق ولم يثـبت الحدّ؛ لأنّ الشّـرع جعل لإثبات الحقوق الماليّة طريقًا غير طريق إثبـات الزّنا، (ويكفي في البيّنة) الّتي تشهد باحتمال المغصـوبة اثنان. ا هـ. المثال الثّاني: من أمثـال الشّاهد العرفيّ (حـوز المرتهن) للرّهن فإنّه كالشّاهد في قدر الدّين، فيحلف المرتهن ويكون له ما قال قال في المدوّنة: قال مالكٌ: وإذا اختلف الرّاهن والمرتهن في مبلغ الدّين فالرّهن كشاهدٍ لـلمرتهن إذا حازه وثيقةً، فإن كانت قيمته يوم الحكم والتّداعي لا يوم التّراهن مـثل دعوى المرتهن فأكثر صدّق المرتهن مع يمينه. قال ابن الموّاز: وإن كان الرّهن يساوي ما قال الرّاهن فأقلّ لم يحلف، إلاّ الرّاهن وحده. ا هـ المثال الثّالث: للشّاهد العرفيّ اليد مع مجرّد الدّعوى أي: الحوز من غير معارضٍ له أو، الحوز مع تكافؤ البيّنتين كـمن كان حائز لدّار مثلاً، يتصرّف فـيها (تصرّف المالك في ملكه) فقام عليه من ادّعى ملكيّـتها ولا بيّنة لهذا القائم، أو أقام كلٌّ منهما بيّنةً فـتساقطت البيّنتان عند المساواة وتصيران كالعـدم، ويزيد الحائز بحوزه فيصير الحوز له كالشّـاهد، فيحلف معه ويستـحقّ ابن الحاجب: واليد مرجّـحةٌ عند التّسـاوي مع اليمين على المشهور، التّـوضيح: يعني إذا تعـارضت البيّنتـان وتسـاوتا فإنّهـما يسـقطان ويبـقى الشّيء بيد حـائزه، هذا هو المشهور، . ا هـ. وفي الشّارح: قال ابن يونس: وإذا تكافأت البيّنتان سقطتا، ويبقى الشّيء بيد حائزٍ، ويحلف وإنّما يحلف؛ لأنّ البيّنتين لمّا سقطتا كأنّهما لم يكونا، وبقيت الدّعوى، فوجب على المنكر اليـمين لقوله عليه الصلاة والسلام «البـيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»[(٢٧)] اهـ. وإلى هذا المثال أشار بقوله: «واليد مع مـجرّد الدّعوى» البيت فلفظ البيت

وصدقت في خلوة الاهتداء وإن بمـانع شرعي إلخ. قوله: **(فرع قـال ابن الحاجب)** انظر عند قول المختصر في فصل العـدد أو غاب غاصب أو ساب إلخ. قوله: **(وعن مالك في التي تعلقت إلخ)** انظر عند قـول المختـصر آخـر كتاب الـغصب: وإن ادعت اسـتكراهًا إلخ تر العجب في المسـألة وتفاصيلها. قوله: **(ويكفي في البينة إلخ)** يظهر أن الصداق يثبت بشاهد ويمين أو امرأتين وشاهد لأنه محض مال كما تقـدم في نظائره وإنما يحتاج إلى شاهدين باعتبار تعزيره والاسـتبراء إلى غير ذلك، وهذا أمر ظاهر عند من فهم مـا تقدم. قوله: **(حوز المرتهن)** هو قول المتن وهو كالشاهد في قدر الديـن لا العكس إلى قيمـته ولو بيـد أمين على الأصحّ ما لم يفت، وبه تـفهم أن المراد بالحوز مـا يشمل ما تحت يد الأمـين، والمسألة فيـها تفاصـيل طويلة بينها الرجـراجي في مناهجه وكتبناها في شـرحنا والحمد لله. قوله: **(تصرف المالك في ملكه إلخ)** ظاهره أن هذا حوز عشر

---

(٢٧) [حديث صحيح]: أخرجه البـخاري (٢٥١٤، ٢٦٦٨)، ومسلم (١٧١١)، وأبو داود (٣٦١٩)، والترمذي (١٣٤٢)، والنسائي (٥٤٤٠)، وابن ماجه (٢٣٢١)، وأحمد في المسند (١/ ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٥١، ٣٦٣).

وإن شمل صورتين فهما في المعنى صورةٌ واحدةٌ؛ لأنّه إذا تكافأت بيّنة القائم والحائز يتساقطان، ويصيران كالعدم فتئول ثانية الصّورتين إلى أولاها فقوله: «أو أن تكافأت» «أن» المفتوحة الهمزة مصدريّةٌ، والمصدر المنسبك منها ومن مدخولها معطوفٌ على مجرّد أي مجرّد الدّعوى، أو مع تكافؤ البيّنتين، ويقرأ بنقل حركة الهمزة إلى الواو قبلها، فتكون الواو مفتوحةً. المثال الرّابع إذا عجز المدّعي عن البيّنة، وتوجّهت اليمين على المدّعى عليه فامتنع منها، (فإنّ امتناعه ونكوله كالشّاهد) فيحلف معه المدّعي ويستحقّ، وإلى هذا المثال أشار بقوله: والمدّعى عليه البيت يعني: وحلف المدّعي، ولا بدّ من هذا العقد. ابن شاس: الرّكن الرّابع النّكول، ولا يثبت الحقّ به بمجرّده ولكن تردّ اليمين على المدّعي إذا تمّ نكول المدّعى عليه، فيحكم القاضي بنكوله، فإن قال بعد ذلك أحلف لم يقبل منه. ابن الحاجب: النّكول يجري فيما يجري فيه الشّاهد واليمين، ونقل الشّارح عن ابن يونس قال في كتاب ابن سحنون: قال مالكٌ، وأصحابه: لا يجب الحقّ بنكول المدّعى عليه حتّى يردّ اليمين على المدّعي فيحلف، ولم يختلف في هذا أهل المدينة. وبه حكم أئمّتهم ا هـ. قوله «وفي سوى ذلك خلفٌ علما» يعني أنّ سوى ما ذكر من أمثلة الشّاهد العرفيّ (وذلك كمعرفة العفاص) والوكاء في اللّقطة، (ومن كان له القمط والعقود) في الحيطان، (ومن

سنين الذي يفوت به الملك عن ربه وهو المشار إليه بقول المختصر: وإن حاز أجنبي إلخ وحلف هذا فيه خلاف قوي وتفصيل طويل ولكن الراجح هو اليمين، وما في الحطاب يدل على أنه لم يحط بالمسألة، وإذا ثبت فالحوز عشر سنين مع سكوت المالك بلا مانع هو كالشاهد الحسي، فالحلف هنا مع الشاهد العرفي الشبيه بالحسي فاندرجت المسألة في القاعدة. قوله: **(فإن امتناعه ونكوله كالشاهد إلخ)** أي وقيل هو كالإقرار وعليه اختلف هل يغرم المدعى عليه بنفس النكول لأن نكوله إقرار أو نكوله شاهد عرفي فلا بدّ من اليمين معه وهو الذي أشار إليه في المختصر بقوله: وإن نكل في مال وحقه استحق به بيمين إن حقق إلخ، ووجه اليمين أيضًا قول صاحب المعونة بعد كلام في المسألة ما نصّه: ولأن الأصول موضوعة على أمر لا يحكم للمدعي بسبب واحد وإنما يحكم بسببين كشاهدين أو شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين أو شاهد ونكول، فأما النكول وحده فهو سبب واحد فلا بدّ أن يضاف إليه غيره وذلك هو يمين المدعيّ إلخ، ولكن لا يلزم بهذا من يقول إن النكول بمنزلة الإقرار فافهم به وتفهم ما تكمل به المسألة. قوله: **(وذلك كمعرفة العفاص إلخ)** الراجح في هذه الأمور هو اليمين إلاّ معرفة العفاص والوكاء وقد قال فيه في المختصر ورد بمعرفة مشدود فيه وبه وعدده بلا يمين فرتب نفي اليمين على ثلاثة لكن كلامه موهم باعتبار اليمين، والمذهب أن كل صفة استقلت بدفع اللقطة لواصفها فلا يمين مع ذلك والخلاف في ذلك قوي ومفصل وذكرنا ذلك في الشرح فقف عليه إن شئت. قوله: **(ومن كان له القمط والعقود إلخ)** هذا فيه اليمين وبيّنا ذلك غاية عند قول المتن: ويا عادة الساتر في فصل الشركة. وقوله: **(ومن ادعى ما يشبه إلخ)** قال في المختصر: وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف إلخ أي وكذلك

ادّعى ما يشبه) في البيوع وسائر المعاوضات، (وما يعرف للزّوج) أو الزّوجة من متاع البيت عند تنازعهما فيه، وما أشبه ذلك، (وهذا هو المشهور) وأنّ الشّاهد العرفيّ يقضى به مع اليمين، (وانظر مقابل) هذا القول هل هو إلغاؤه، وعدم اعتباره أو غير ذلك، لم أقف الآن فيه على شيء والله أعلم. والّذي نقل أهل القواعد أنّ الشّاهد العرفيّ قيل هو كالشّاهد الواحد، فيحلف معه ويستحقّ وهو الّذي عند النّاظم هنا، وقيل هو كشاهدين فيثبت به الحقّ من غير يمين، فقوله: «ولا يمين مع نكول» البيت لمّا قدّم أنّ المدّعى عليه إذا نكل عن اليمين، فإنّ المدّعي يحلف ويستحقّ، ذكر في هذا البيت حكم ما إذا نكل المدّعي عن اليمين بعد نكول المدّعى عليه، وهو سقوط الدّعوى فقوله: ولا يمين (أي: لا يمين على المدّعى عليه) مع نكول المدّعي الكائن بعد نكول المدّعى عليه، بل يقضى بسقوط الدّعوى.

وغالب الظّنّ به الشّهادة بحيث لا يصحّ قطع عادة

هذا هو النّوع الرّابع ممّا اندرج تحت القسم الثّاني، من أقسام الشّهادة وهو ما يوجب الحقّ لكن مع اليمين، وذلك حيث يكون مستند الشّاهد في شهادته عليه الظّنّ في المحلّ الّذي لا يصحّ القطع فيه عادةً، أو يعسر بالنّسبة للمخالط المطّلع على باطن حال المشهود فيه وذلك كالشّهادة بالفقر لمن طولب بدينٍ مع إمكان أنّ له مالاً أخفاه، إذا رئيت عليه مخايل الفقر: كالصّبر على الجوع، والبرد وغير ذلك ممّا فيه ضررٌ، (وكالشّهادة باستمرار) ملك من

البائع إن أشبه وحده كما في شروحه. وقوله: **(وما يعرف للزوج إلخ)** هذا قال فيه في المختصر وفي متابع البيت فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين وإلاّ فله بيمين، وقال أيضًا: وفي قبض ما حلّ بقبل البناء قولها وبعده قوله بيمين فيهما، وهذا من هذه القاعدة وإن لم يذكره هذا الشارح. قوله: **(وهذا هو المشهور)** رأيت كلام الناس فيما تقدم. قوله: **(وانظر مقابل إلخ)** هذا كلام من لم يقف على كلام الناس وذلك أن مقابل المشهور في هذه الأمور هو عدم اليمين بلا توقف ولا شك، انظر المحال عليها يظهر لك ذلك غاية، وحاصل هذا المذهب هو وجوب اليمين مع الشاهد العرفي كالشاهد المحسوس إذا عرض عارض كما في معرفة العفاص والوكاء، فإن عدم اليمين في ذلك هو أن الحديث ذكر دفعها لمن عرفها ما ذكر، ولم يذكر يمينًا مع كون المدعى لها لا مكذب له فافهم. قوله: **(أي لا يمين على المدعى عليه إلخ)** وهذا صحيح ونقله صاحب التوضيح وغيره، ووجه ذلك أن نكوله تصديق للمدعى عليه، وفي المختصر قال: وإن نكل ما في مال إلخ.

قوله: **(وكالشهادة باستمرار إلخ)** قال ابن عرفة حين عدّ أمورًا من هذا المسائل ما نصّه: ومنه الشهادة بالملك فإنه لا يقطع به، وقول بعضهم يقطع به في صيد صيد بمعاينة شهيد به وما غنم بمعاينتهما معترض لجواز كونه ند عن قرب من ربه وكون الغنيمة مال مسلم. قلت: وصورة بعضهم بملك مشتر لقطة لشهادة الشاهدين على التقاطها وتعريفها سنة وبيعها بإذن الإمام اهـ. بلفظه، ولكن يتصور الملك حقيقة على سبيل القطع إذا عاين شاهد أن رجلاً في لجج البحار ناصبًا

له ملكٌ ادّعى عليه تفويته ببيعٍ أو غيـره، مع إمكان أن يكون فوته خفيةً، وهو ما زال تحت يديه كما كـان، وكالشّهادة (بضـرر الزّوج بزوجته) إذا ظهرت مـخايل من تكرّر شكواها به للأقارب والجـيران، مع إمكان كذبهـا، وأنّها تريد فراقـه إلى غير ذلك ممّا يشـبه، فيـجوز للشّاهد في مثل ذلك أن يشهد، ويعتـمد على غلبة الظّنّ ويحلف صاحب الحقّ ويثبت له، ولا شكّ أنّ القاعدة في الشّـريعة من أقام بيّنةً يثبت بها الشّيء المتنازع حكم له فـيه بها من غير يمين، لكنّ ذلك فيما تشـهد فيه البيّنة بالقطع، أمّا ما شهدت فيـه بظاهر الحال معتمدةً على الظّنّ لتـعذّر القطع بذلك، أو عـسره فـلا بدّ من يمين الطّالب، استظهـارًا على باطن الأمر. قال في التّوضيح في شرح قول ابن الحـاجب في التّفليس فإن شهد بإعساره حلف، وانظر ما نصّه هذه من المسائل الّتي يحلف فيهـا المدّعي مع بيّنته، كدعوى المرأة على زوجها الغائب النّفقة، والقـضاء على الغائب، (وضابطه) كلّ بيّنة شهدت بظاهر الأمر، فـيستظهر بيمين الطّـالب على باطن الأمر. ا هـ وقـال الشّارح: وحكى المازريّ عن محـمّد بن عـبد الحكم في الشّهادة بالـزّوجيّة، إذا رأى إنسانًا يحوز امـرأةً، ويشتمل عليها اشـتمال الأزواج فيـشهد بذلك، وإن لم يوجب حين التّـزويج قال المازريّ: وهذا نوعٌ آخر كـأنّه خارجٌ عن شهادة السّماع وإنّما يتطلّب فيه الـظّنّ المزاحم للعلم، والقطع اليقينيّ بقرائن الأحوال، كما تكون الشّهادة بالفقر للفقير، فإنّ الشّهود بفقر من طولب بدينٍ لا يقطعون بصحّة ما شهدوا

إناء حتى امتلأ ماء من المطر إلى غير ذلك مما يكثر، فتمثيل هذا الشارح باستمرار الملك غير ظاهر، وإنما حقّـه أن يمثل بأن هذا ملك فلان اعتـمادًا على مضمـون قول المتن وصحـة الملك إلخ، وبيان ذلك أن ابن عرفة قال هنا الشاهد يشـهد بالجزم ونصّه قلت وهذا الظن الناشئ عن القرائن إنما هو كاف في جزم الشاهد بما به يشهد على وجـه البت ولو صرّح في أداء شهادته بالظن لم تقبل إلخ، وهذا منه بلفظه، ولكن كلام ابن عرفة فيه ما فـيه إذ لا يتأتى في جميع هذه الأمور بدليل ما تراه هنا من الشـهادة بالإعسـار فإن الشـهود يقـولون لا نعلم له مالاً إلخ، ولكن هذه شـهادة بانتـفاء فافهم، ولكن هذه مـسائل فيها خلاف من جـهات شتى، والملك تشهد البينة فـيه أنه ملك فلان، ولذلك يحلف المستحق أنها لم تخرج عن ملكه لا أنهـا ملكه، لأن البينة خرمت بذلك فلا تحتاج إلى تقوية ولا كذلك لم تخـرج عن ملكه إنما هي بحسب ما في عملهم، وبيّنا هذا فيـمن استحق شيئًا وأشـار إليه ابن سلمون فافهم هذا، ولكن هذه أمور صعـاب لا تفهم إلاّ بالوقوف على كلام الناس فانظره إن شـئت عند قول المختصـر: واعتمد في إعـسار إلخ في فصل الشهـادة وعند قوله وصحة الملك إلخ، وأفراد كثيرة غـاية من هذا القبيل في المحل الأول، وانظر عند قوله: وإن شهد بعسـره في فصل الفلس، وعند قوله ورد المال في فـصل الخلع، ولا يمكن فهم ما أشـرنا إليه إلاّ بمطالعة ما ذكرناه والعلم عند الله. قوله: (بضرر الزوج بزوجته إلخ) هذا يكون على سبيل القطع في بعض صوره كمـا إذا سمع تكرره لسبها السب الذي لا يكون للأدب، أو رآه يضـربها الضرب الذي لا يكون للأدب وبيّناه في المحل المشارِ إليه. قوله: (وضابطه إلخ) هذا فيما يمكن أن يكون

به، لجواز أن يكون له مالٌ أخفاه لا يعلم به إلاّ اللّه سبحانه، لكن إذا بدت قرائن الفقر، والإعسار، والصّبر على ضرر الجوع في الشّيء الّذي لا يصبر عليه إلاّ الفقراء هذا يدركه المخالط للإنسان المطّلع على باطن حاله، فالتّعديل في الشّهادة على قرائن الأحوال. قال الإمام أبو إسحاق الشّاطبيّ: الأصل في الشّهادة أن لا تكون إلاّ عن قطعٍ لا تردّد فيه، لكن إن لم يكن ذلك فلا بدّ من التّنزّل إلى ما دون ذلك من الظّنّ الغالب؛ لأنّ الاستناد إليه ضروريٌّ أصله شهادة الشّهود عند الحاكم، فإنّها لا تفيد في الغالب إلاّ الظّنّ، وهي يقضى بها إذ لا يتأتّى غير ذلك في مجاري العادات، فالشّهادة إذا لم يتأتّ فيها القطع، واقتضت المصلحة إعمالها فلا بدّ من ذلك. ا هـ. **تنبيهٌ**: قال الشّارح - رحمه الله -: وفي عدّ هذا النّوع وما قبله ممّا تحت هذا القسم مسامحةٌ، درج عليها المتيطيّ فمن دونه من أصحاب كتب الأحكام، وإيّاهم تبع الشّيخ في ذلك.

فصلٌ

ثالثةٌ لا توجب الحقّ نعم ... توجب توقيفًا به حكم الحكم

وهي شهادةٌ بقطعٍ ارتضي ... وبقي الإعذار فيما تقتضي

وحيث توقيفٌ من المطلوب ... فلا غنًى عن أجلٍ مضروب

هذا هو القسم الثّالث من أقسام الشّهادة الخمس، وهي الّتي توجب الحقّ لا من غير يمينٍ كالقسم الأوّل، ولا مع اليمين كالقسم الثّاني، وإنّما توجب توقيف الشّيء المتنازع فيه، (وذكر في هذا الفصل) ثماني مسائل: التّوقيف فيما شهد به عدلان، وبقي الإعذار للمشهود عليه، وضرب الأجل فيه، وكيفيّته في الأصول، وتوقيف الأصول بشهادة العدل الواحد إلى كمال الشّهادة إلى أن يقدر المشهود عليه، وحينئذ يستحقّه ظاهرًا، وكيفيّته أيضًا وما يفعل بالغلّة زمن الإيقاف، والتّوقيف فيما شهد به رجلانِ ينظر في تزكيتهما، والتّوقيف

المشهود له يعلم الباطن ككونه لم يبع الدابة ولم يفوتها، وأما فيما إذا حلف مع بينة عسره ففي ذلك كلام طويل وخلاف قوي، قال في المختصر: وإن شهد بعسره أنه لا يعرف له مال ظاهر ولا باطن حلف كذلك أي لا يعلم أن له مالاً إلخ، وعلّلوا ذلك باحتمال أن يوهب له مال مثلاً لم يعلم به ولا يحلف على البت حتى قال ابن سلمون: حلفه على البت خطأ، ولكن نقلنا في هذا المحل أن المذهب هو حلفه على البت ولا عبرة بكلام ابن سلمون، قف على كلام الفحول فيه إن شئت.

فصل

قوله: **(وذكر في هذا الفصل)** حاصل ما وقفنا عليه من كلام الناس أن العدلين يوقف معهما

فيما يسرع له الفساد، إمّا للإعذار أو لتزكية الشّهود، أو لتكميل نصاب الشّهادة، والتّوقيف لغير ذلك من إقامة البيّنة عند ظهور مخايل الصّدق فقوله: «وهي شهادةٌ» البيت هو إشارةٌ

العقار وغيز العقار بالقفل ونحوه والعروض بالوضع تحت يد أمين، والعدل الواحد توقف معه العروض والحيوان أيضًا وفي العقار لا، وقيل يوقف العقار به بالقفل كما يوقف بالعدلين بالقفل ونحوه، وأما منع العقار من البيع ونحوه بالعدل فلا إشكال في ذلك، والقول هنا أن العدل كالعدلين قوي وأفتي به، ولكن في ابن سهل الذي به عمل بلدنا إنما الوقف بعدلين وحيازتهما أي في العقار على الوجه التام لا المنع من البيع ونحوه فقط فإن ذلك يكون بالعدل ولا إشكال، والحيوان كالعروض هنا، واثنان يزكيان بمنزلة العدل الواحد يوقف به العقار على الوجه المذكور وهو المنع من البيع ونحوه يوقف بهما العروض والحيوان، وأما الشاهد الواحد الذي تطلب تزكيته فقال فيه عبد الحق في نكته هو بمنزلة الشاهدين اللذين تطلب تزكيتهما في ببيع ما يخاف فساده إلخ، فيكون وقف العروض به ونحوها ومنع الربع من البيع ونحوه أحرى، لأن البيع أشد من الوقف المذكور إلى أجل من أن الثمن يمنع منه في بيع ما يفسد، وهذا هو الذي يقتضيه كلام ابن الحاجب وغيره، وإن كان كلام ابن سهل ظاهره لا وقف مع الشاهد الذي تطلب تزكيته، والعدل الواحد تقدم الإيقاف به في العروض والحيوان، وفي العقار على وجه المنع من البيع ونحوه، وهذا الإيقاف مع العدل للإتيان بعد آخر، وأما إن أراد الحلف معه فإنه يأخذ ما شهد له به إن حلف لأن لهذا مال، وإن امتنع من الحلف فيما يفسد سقط حقّه إن قال لا أحلف، ولكن إن وجدت آخر ثبت حقي وإلاّ أسقط، وأما إن قال أرجو آخر فإن لم أجده حلفت مع هذا فإنه يباع ما يفسد ويوقف ثمنه، والشاهد الذي تطلب تزكيته إن قال أنا أزكيه بيع معه ما يفسد ووقف الثمن كالعدل الواحد، وإن لم يقل أنا أزكيه فلا بيع فيما يفسد، ولا وقف به في غير ما يفسد، وإذا شهد له عدلان وبقي الإعذار بيع ما يفسد ووقف ثمنه للإعذار، وهذا كله إذا كان الفساد يتوقع قبل الإتيان بالحجة وإلاّ فيوقف نفسه ولا بيع، وملخص هذا أن العدلين يوقف بهما العقار التوقيف التام، ويزال بهما العروض والحيوان، والعدل الواحد يوقف به ما لا يفسد من حيوان وعروض وعقار الوقف غير التام ويباع له ما يفسد إن لم يرد الحلف بالكلية، والشاهد الذي تطلب تزكيته كالعدل إذا قال من أتى به أنا أزكيه في جميع أحواله إلاّ في بيع ما يفسد، وقد ذكر الوقف بالواحد المجهول ابن رشد وأبو الحسن وابن الحاجب وغيره وبه تعرف ما يقتضيه كلام ابن الناظم، وإذا ثبت هذا فأحرى الشاهدان اللذان تطلب تزكيتهما أن يكونا كالعدل إذا قال من قام بهما أنا أزكيهما إلاّ في بيع ما يفسد أيضًا وإلاّ فلا عبرة بهما، والشاهد الذي تطلب تزكيه وقع خلاف في الوقف به فقال غير واحد يوقف به، وقال غير واحد لا وقف به، ولعل من قال يوقف به أراد إذا قال أزكيه، ومن قال لا وقف لم يرد تزكيته، وزبدة هذا المطلوب تزكيته واحدًا كان أو اثنين كالعدل في وقف العروض والحيوان والعقار الوقف غير التام، وفي بيع ما يفسد إن أريد تزكيته من ذكر وإلاّ فلا عبرة بمن ذكر، والعدلان الوقف بهما مطلقًا، والعدل الواحد يوقف معه العروض والحيوان والعقار الوقف غير التام ويباع به ما يفسد إن لم يمتنع من اليمين معه بالكلية، فقول

إلى المسألة الأولى من الثّمان يعني: أنّ من شهد له عدلان باستحقاق شيء مثلاً، وبقي الإعذار فيهما للمشهود عليه فإنّ هذه الشّهادة لا توجب له ما شهدا له به، وإنّما توجب توقيف الشّيء المتنازع فيه إلى أن يعذر للمشهود عليه، وحينئذ يستحقّه المشهود له، وإذا وقف الشّيء المتنازع فيه فلا بدّ من ضرب أجلٍ لذلك للضّرر الّذي يلحق صاحبه، فإن تمّت الشّهادة في الأجل المضروب أخذه المشهود له، وإلاّ بقي بيد صاحبه، ويأتي تفسير التّوقيف ما هو قال في الفصل الرّابع من القسم الخامس من الرّكن السّادس من تبصرة ابن فرحون: واعلم أنّ الاعتقال والتّوقيف لا يكونان بمجرّد دعوى الخصم في الشّيء المدّعى فيه، ولا يعقل على أحد شيءٌ بمجرّد دعوى الغير فيه حتّى ينضمّ إلى ذلك سببٌ يقوّي الدّعوى، أو لطخٌ والسّبب كالشّاهد العدل أو المرجوّ تزكيته، واللّطخ الشّهود غير العدول، وإذا ثبت هذا فالاعتقال في الرّبع على وجهين: الأوّل: عند قيام الشّبهة الظّاهرة، أو ظهور اللّطخة فيريد المدّعي توقيفه ليثبته، فالتّوقيف هنا بأن يمنع الّذي هو في يديه أن يتصرّف فيه تصرّفًا يفيته، كالبيع والهبة، أو يخرجه عن حاله كالبناء، والهدم، ونحو ذلك من غير أن ترفع يده عنه. الثّاني: بعد أن يثبت المدّعي دعواه في ذلك بشهادة قاطعة، وكان الرّبع على ما يجب ويدّعي المستحقّ من يده مدفعًا فيما قامت به البيّنة للمدّعي، فيضرب للمستحقّ منه الآجال، ويوقف المدّعى فيه حينئذ بأن ترفع يد الأوّل عنه فإن كانت دارًا غلّقت بالقفل، أو أرضًا منع من حرثها، أو حانوتًا له خراجٌ وقف الخراج، ويؤمر بإخلاء الدّار من نفسه ومتاعه ويؤجّل في إخلاء ذلك ثلاثة أيّامٍ ونحوها، فإن سأل المعقول عليه أن يترك في الدّار ما يثقل عليه إخراجه أجابه الحاكم إلى ذلك، وبهذا جرى عمل سحنون. ا هـ وقد تلخّص من كلام التّبصرة أنّ التّوقيف يختلف باختلاف سببه، وعليه ذهب النّاظم - رحمه الله - فإن كان سببه شهادة عدلين، ولم يبق إلاّ الإعذار، فإنّ التّوقيف يكون برفع يد حائزه عنه وغلقه ونحوه ممّا يذكر في الأبيات الأربع بعد هذين، فهو تفسيرٌ للتّوقيف المتقدّم قريبًا في قوله: توجب توقيفًا وإن كان سببه شهادة عدلٍ واحد فإنّ الإيقاف يكون بمنع صاحبه من تفويته ببيعٍ أو غيره، ومن إخراجه عن حاله بهدمٍ أو بناء، ولا ترفع يد حائزه عنه، ولذلك قال النّاظم: حيث تكون العقلة بشاهد واحد «ولا يزال من يد بها ألف» وفهم من إطلاق النّاظم أنّ هذا الحكم جارٍ في الأصول وغيرها، ولذلك - والله أعلم - قال بعد: «وشاهدٌ عدلٌ به الأصل وقف» فخصّ ذلك بالأصل فيفهم منه أنّ ما قبله عامٌّ في الأصل وغيره

صاحب التحفة يوقف الفائد لا الأصول في اللذين تطلب تزكيتهما لم أقف عليه عند غيره، وإنما كلام ابن عرفة وغيره يدل على أنهما كالعدل، وممّا يدلك على ذلك ابن الناظم لم ينسب ذلك لأحد من العلماء وكذا من شرح معه، وإذا ثبت هذا فقول هذا الشارح ولم يبق إلاّ الإعذار إلخ لم يبين هل الإعذار قبل التوقيف أو بعده، وفي طرر ابن عات: الشيوخ يرون العقلة قبل الإعذار، وابن سهل يرى الإعذار قبلها إلخ، والذي يفهم هو ما قاله الشيوخ وهو الذي يدل عليه

والله أعلم. وقوله في التّبصرة في الوجه الثّاني: ويدّعي المستحقّ من يده مدفعًا إلخ ولاحتمال ثبوت هذا المدفع احتيج إلى التّوقيف إلى أن يقع الإعذار للمشهود عليه، وأنّه لا مدفع له، وقوله: به حكم الحكم خبرٌ ومبتدأٌ والجملة صفةٌ لتوقيفًا، والرّابط ضمير به أي: توقيفًا محكومًا به، وشهادة القطع يقابلها شهادة السّماع. وقوله: وحيث توقيفٌ من المطلوب أي: حيث طلب التّوقيف فلا بدّ فيه من ضرب الأجل، وتقدّم في كلام التّبصرة فيضرب للمستحقّ منه الآجال إلخ.

ووقف ما كالدّور قفلٌ مع أجل ... لنقل ما فيها به صحّ العمل
وما له كالفرن خرجٌ والرّحا ... ففيه توقيف الخراج وضّحا
وهو في الأرض المنع من أن تعمرا ... والحظّ أن يكري ويوقف الكرا
قيل جميعًا أو بقدر ما يجب ... للحظّ من ذاك والأوّل انتخب

تعرّض في الأبيات للمسألة الثّانية من الثّمان مسائل الّتي ذكرت في هذا الفصل وهي: كيفيّة التّوقيف الّذي سببه شهادة العدلين، وأمّا التّوقيف الّذي سببه شهادة عدلٍ واحد، فيأتي في البيتين بعد هذه، وكيفيّة ذلك في الوجه الأوّل، هو كما قال ابن أبي زمنين في المنتخب: ومن ادّعى على رجلٍ في دارٍ أو أرضٍ بيده، أو غير ذلك من الأصول الثّابتة وسأل أن يوقف له فالّذي عليه الفتيا أنّ الدّعوى إن كانت في دارٍ اعتقلت بالقفل بعد أن يضرب له أجلٌ في إخلائها بقدر ما يراه الحاكم، وإن كانت في أرضٍ منع من حرثها، وإن كانت فيما له خراجٌ كالفرن والحانوت وما أشبه ذلك وقف الخراج، وإن كانت في حصّة أرضٍ، أو دارٍ، أو شبه ذلك اعتقلت تلك الحصّة المدّعى فيها بالكراء ووقف الكراء، وقيل: يوقف من الكراء بقدر الحصّة فقط. اهـ وفيه كفايةٌ لشرح أبيات النّاظم - رحمه الله - وزاد اختيار القول الأوّل بتوقيف جميع الكراء لا ما ينوب الحصّة فقط، وفهم من قوله: ووقفٌ ما كالدّور إلخ أنّ وقف غير ذلك من العروض والحيوان لا يكون كذلك، وليس إلاّ وضعها تحت يد أمينٍ فإن كان كذلك فالأولى زيادة بيتٍ بعد هذه الأبيات كقولنا:

ووقف غيره بوضعه على ... يد أمينٍ فاحفظن ما نقلا

قول هذا الشارح قبيل هذا، وإنما توجب توقيف الشيء المتنازع فيه إلى أن يعذر إلى المشهود إلخ، والحاصل هذه نفثة من كلام الناس اختصرناها لتعينك على المحل فإنه صعب، وإن أردت الاطلاع على تحقيق هذه المسائل وعللها فقف على شرحنا لقول المختصر في فصل الشهادات وحيلت أمة إلخ تر العجب إن شاء الله تعالى في تحقيق هذه، وتر غلط كثيرًا في هذه المسائل وتطلع على وقف الثمار والحبوب وما يعرف بعينه وما لا.

وشـاهـدٌ عـدلٌ به الأصـل وقف ... ولا يـزال من يـدٍ بـهـا ألـف

وباتّـفـاقٍ وقف مـا يفـاد ... منـه إذا مـا أمن الفـسـاد

تعرّض في البيتين للمسألة الثّالثة والرّابعة والخامسة ممّا اشتمل عليه هذا الفصل يعني: أنّ من ادّعى ملكيّة أصلٍ تحت يد غيره وشهد له بذلك عدلٌ واحدٌ، وأبى أن يحلف مع شاهده لرجائه وجود شاهد آخر، أو كان القاضي لا يرى الشّاهد مع اليمين فإنّ الأصل المدّعى فيه يوقف، ولكن ليس كالوقف المتقدّم فيما شهد به عدلان، وبقي الإعذار للخصم من كونه يخرج من يد حائزه بل يبقى بيد حائزه، وتوقيفه هو منعه من تفويته ببيعٍ أو غيره، ومن تغيير حالته بهدمٍ أو بناءٍ كما تقدّم عن التّبصرة، ولهذا قال: ولا يزال من يدٍ بها ألف لأنّه إذا لم يزل من يد حائزه لم يبق إلاّ منعه من تفويته وتغييره - والله أعلم - وكذا توقيف غلّة الأصل المذكور إذا كانت لا تفسد. وأمّا ما يفسد فيباع ويوقف ثمنه كما يأتي «وكلّ شيءٍ يسرع» البيتين، وعلى حكم العقلة نبّه بالبيت الثّاني وضميرٌ منه للأصل، وفهم من حكاية الاتّفاق مع توقيف الغلّة أنّ توقيف الأصل غير متّفقٍ عليه، بل فيه خلافٌ وهو كذلك فقد حكى ابن عرفة فيه ثلاثة أقوال أحدها: أنّه يوقف ولكن وقفًا خاصًّا كما ذكر النّاظم قال ابن عرفة في وثائق ابن العطّار: لا تجب العقلة بشاهد واحد، ولكنّه يمنع المطلوب أن يحدث في العقار بناءً، أو بيعًا أو شبه ذلك بقوله: ولا يخرج عن يده بالقول فقوله: لا تجب العقلة بشاهد واحد يعني العقلة الّتي يخرج بها عن يد حائزه لا مطلقًا. القول الثّاني: أنّه يوقف كما إذا شهد عدلان قال ابن عرفة: قال ابن سهلٍ: اختلف في العقلة بشاهد واحد عدلٍ ففي أحكام ابن زيادٍ وجوب العقلة بها، وهو في الدّار بالقفل لها، وفي الأرض بمنع حرثها وقاله عبد الله بن يحيى وأيّوب بن سليمان القول الثّالث لابن بطّال عن ابن لبابة: لا تجب الغقلة إلاّ بشاهدين، قال سليمان: وهو قول ابن القاسم اهـ باختصارٍ وتقديمٍ وتأخيرٍ على نقل الشّارح، وكما توقف الغلّة بشهادة عدلٍ واحدٍ كذلك كلّ ما يغاب عليه من عرضٍ، وغيره يوقف بشاهد واحدٍ، وأمّا الأصول فتوقف بالشّاهد الواحد وبشاهدين، إلاّ أنّ كيفيّة الإيقاف تختلف كما تقدّم. وفي التّوضيح ما نصّه: وفي مسائل ابن أزرب كلّ ما يغاب عليه من العروض وغيرها يوقف بشاهد عدلٍ واحدٍ، بخلاف العقار فلا يعتقل إلاّ بشاهدين وحيازتهما، وقوله: ولا يزال من يدٍ بها ألف هو بيانٌ لكيفيّة التّوقيف بشهادة العدل الواحد.

وحـيـثـمـا يكون حـال البـيّنة ... في حـقّ من يحكـم غـيـر بيّنهْ

يوقّـف الفـائـد لا الأصـول ... بقـدر مـا يسـتكمـل التّـعـديل

هذا هو السّبب الثّالث من أسباب التّوقيف وهو أن يشهد للمدّعي قومٌ لا يعرف

القاضي عدالتهم، ولا جـرحتهم فإن كان المدّعى فيه أصـلاً لم يوقف، وإنّما يوقف فائدته وغلّته إلى أن يـعدّل الشّهـود، وكذا يوقف غـير الأصل من العروض والحـيوان وغـيرها، وقوله: «بقدر ما يسـتكمل التّعديل» قال الشّارح: يعني بذلك القدر أجلاً مـوكولاً لاجتهاد الحاكم مقـدّرًا بما يحصل به قدر المستحقّ من التّعـديل، مراعًى فيه من الضّيق والفـسحة ما يقتضيه الحال من بعد البيّنة المطلوب منها التّعديل وقربها، وخطر المستحقّ وحقارته وما أشبه ذلك من اللّواحق الّتي يراعـيها الحـاكم في القضيّـة المعيّنة. ا هـ ابن عـرفة الحيلولة بإقـامة المدّعي شاهدين عدلين هو نقل غـير واحد عن المذهب، وكذا قبل تعديلهـما وهو قولها إن كان أقام شاهدين بإذن القـاضي أن ينظر في تعديلهما، وخاف على المدّعى فيـه الفساد أمر أمينًا فباعـه وقبض ثمنه، ووضع على يدي عدل، وفي حيلولته بإقامتـه شاهدًا واحدًا عدلاً خلافٌ. ا هـ وقد اشـتمل كلام ابن عرفة هـذا على أوجه العقلة الثّلاثة المتـقدّمة في النّاظم فقـوله: الحيلولة بإقـامة شاهدين عـدلين أي: وبقي الإعذار للمـشهود عـليه هو الأوّل في النّظم، وقوله وكذا قـبل تعديلهما إلخ هي مـسألة النّاظم هنا، وقوله: في الحيلولة بإقـامته شاهدًا عـدلاً هي مسـألة قوله: «وشاهدٌ عـدلٌ به الأصل وقف» وأمّا قـوله: «وخاف على المدّعى فيه الفساد إلخ» فيأتي الكلام عليه في شرح البيتين بعد إن - شاء الله - وقد اشتمل البيتان على المسألة السّادسة من مسائل هذا الفصل وهي التّوقيف فيما شهد فيه رجلان ينظر في تزكيتهما.

وكلّ شيءٍ يـسـرع الفـســاد له ... وقـف لا لأن يرى قـــد دخلـه

والحكم بـيـعــه وتوقـيف الثّــمن ... إن خيف في التّعديل من طول الزّمن

تكلّم في البيتين على كيفيّة توقيف ما يفـسد إذا شهد به من لم تثبت عدالتهما، وهي المسألة السّابعـة من مسائل هذا الفصل يعني: أنّ مـا احتيج إلى توقيفـه لوجه من الوجوه، وكان ممّا يفسد إن طال كاللّحم، والفواكه الخضراء ونحو ذلك فإنّه ينظر، فإنْ رجي حصول ما لا يتمّ الحكم إلاّ به من إعذارٍ أو، تجـريحٍ أو تعديلٍ وما أشبه ذلك قـبل تغيّره وقف وإن خيف تغيّره وفـساده قبل ذلك، فالحكم بيعه وتوقيف ثمنه، وهذا إذا كان التّـوقيف بشهادة رجلين ينظر في تزكيتهما؛ لأنّ سيـاق الكلام يدلّ على ذلك لقوله قبله وحيثما يكون إلخ. وأمّا إن كان بشهادة عدل واحد فيحلف المشـهود عليه، ويخلّى بينه وبين شيئه، ونحوه قوله في المختصر: وبيع ما يفسد، ووقف ثمنه معهما بخلاف العدل فيحلف ويبقى بيده (قال في المقرّب: قال سحنونٌ في كتاب الشّـهادة: إنّ ابن القاسم قال وإن كان الّذي ادّعى المدّعي ممّا لا يبقى ويسرع إليـه الفساد كالفاكـهة الرّطبة واللّحم أنّ المدّعي إذا كان إنّما شـهد له شاهدٌ واحدٌ، وأبى أن يـحلف وقال: عندي شـاهدٌ آخر فإنّ القـاضي يؤجّل المدّعي في إحـضار شاهده مـا لم يخف الفساد على ذلك الّذي ادّعي، فـإن أحضر مـا ينتفع به وإلاّ خلّى بين

المدّعى عليه وبين المدّعى فيه، وإذا أقام المدّعي شاهدين لا يعرفهما القاضي بعدالة وخاف على المدّعى فيه الفساد، أمر أمينًا فباعه وقبض ثمنه ووضع الثّمن على يد عدل فإنّ زكّيت البيّنة قضى بالثّمن للمدّعي، قال عياضٌ قوله عندي شاهدٌ واحدٌ لا أحلف معه أي: لا أحلف ألبتّة ولو أراد لا أحلف معه الآن لأنّي أرجو شاهدًا آخر فإن وجدته، وإلاّ حلف مع شاهدي بيع حينئذ ووقف ثمنه إن خشي فساده وليس هذا بأضعف من شاهدين يطلب تعديلهما فقد جعل له بيعه هنا، وإن كان على شكٍّ من تعديلهما وهو إن لم يثبت بطل الحقّ، وشاهدٌ واحدٌ في الأوّل ثابتٌ بكلّ حال والحلف معه ممكنٌ إن لم يجد آخر، ويثبت الحقّ. ا هـ. على نقل الشّارح مع بعض اختصار وقال ابن الحاجب: وما يفسد من طعام أو غيره قالوا يباع ويوقف ثمنه إن كان شاهدان، ويستحلف ويخلّى إن كان شاهدًا، التّوضيح: يستحلف أي: المدّعى عليه أنّ المدّعي لا يستحقّ من هذا شيئًا ويخلّى أي المدّعى فيه تحت يد المدّعى عليه وتبرّأ ابن الحاجب منه بقوله: قالوا لإشكاله وذلك لأنّ الحكم كما يتوقّف على الشّاهد الثّاني فكذلك يتوقّف على عدالة الشّاهدين فإمّا أن يباع ويوقف ثمنه فيهما أو يخلّى بينه وبين من هو بيده فيهما، وأجاب صاحب النّكت بأنّ مقيم العدل قادرٌ على إثبات حقّه بيمينه، فلمّا ترك ذلك اختيارًا صار كأنّه مكّنه منه بخلاف من أقام شاهدين، أو شاهدًا ووقف ذلك القاضي لينظر في تعديلهم لا حجّة عليه في ذلك لعدم قدرته على إثبات حقّه بغير عدالتهم، وأشار المازريّ إلى فرق آخر وهو أنّ الشّاهدين المجهولين أقوى من الشّاهد الواحد؛ لأنّ الواحد يعلم قطعًا الآن أنّه غير مستحقٍّ، والشّاهدان المجهولان إذا عدّلا فإنّما تعديلهما الكشف عن وصفٍ كانا عليه حين الشّهادة. ا هـ.

مدّعٍ كالعبد والنّشدان	ثبوته قام به البرهان
أو السّماع إنّ عبده أبق	إن طلب التّوقيف فهو مستحقّ
لخمسة أو فوقها يسيرا	حيث ادّعى بيّنةً حضورا
وإن تكن بعيدةً فالمدّعى	عليه ما القسم عنه ارتفعا
كذاك مع عدلٍ بنشدانٍ شهد	وبعد باقيهم يمينه ترد

هذا هو السّبب الرّابع من أسباب التّوقيف لإقامة البيّنة كما تقدّم أوّل شرح قوله ثالثةٌ لا توجب الحقّ نعم البيتين يعني أنّ من وجد عبدًا مثلاً، أو غيره ولذلك أدخل الكاف على العبد بيد رجلٍ وادّعى أنّه له، وأقام بيّنةً أنّه كان ينشد عبدًا أو غيره ممّا ادّعى أنّه له، أو أقام بيّنة السّماع أنّه أبق له عبدٌ، أو ضاع له فرسٌ مثلاً وادّعى أنّ له على ذلك بيّنةً حاضرةً وطلب أن يوقف له ذلك الشّيء ليأتي ببيّنة، فإنّه يجاب لذلك الأيّام اليسيرة كالخمسة

وفوقها بيوم، أو يومين لا أكثر من ذلك، وإلى ذلك أشار بالأبيات الثّلاثة الأول، ثمّ صرّح بمفهوم قوله بيّنةً حضوراً فقال: «وإن تكن بعيدةً» البيت أي: فإنّ المدّعى عليه يحلف أنّه لا يعلم فيه حقًّا للقائم، ويبقى شيئه بيده كما في سائر الدّعاوى، وفهم من مقابلة البيّنة الحاضرة بالبعيدة أنّ المراد بالحاضرة الحاضرة حقيقةً، أو ما في حكمها من الغائبة غيبةً قريبةً وهو كذلك كما يأتي، ثمّ صرّح بمفهوم قوله: والنّشدان البيت أنّه إذا لم يشهد بالنّشدان إلاّ عدلٌ واحدٌ، وادّعى أنّ باقي شهود النّشدان غيّبٌ غيبةً بعيدةً فإنّ الحكم كذلك أيضًا، يحلف المدّعى عليه ويبقى شيئه بيده هذا ظاهر لفظه والله أعلم. والّذي نقل عليه الشّارح ما نصّه: قال ابن الحارث: وإن كانت الدّعوى في عبد أو عرضٍ فسأل أن يوقف له ذلك فليس له ذلك إلاّ أن يأتي بسماعٍ أو لطخٍ[٢٨] أو ادّعى بيّنةً قريبةً فيوقف له الخمسة أيّامٍ إلى الجمعة، وفي كتاب ابن يونس: قال ابن القاسم: فإن قال أوقفوا العبد حتّى آتي ببيّنتي لم يكن له ذلك إلاّ أن يدّعي بيّنةً حاضرةً على الحقّ، أو سماعًا يثبت له دعواه فإنّ القاضي يوقف العبد ويؤجّل له حتّى يأتي ببيّنة فيما قرب من يومٍ أو نحوه، فإن جاء بشاهد أو سماعٍ وسأل أن يوقف العبد ليأتي ببيّنةٍ، فإن كانت بيّنةً بعيدةً، وفي إيقافه ضررٌ استحلف المدّعى عليه وسلّمه له بغير كفيلٍ، قال سحنونٌ: وإن ادّعى شهودًا حضورًا على حقّه رأيت أن يوقف له نحو الخمسة أيّامٍ إلى الجمعة، وهذا التّحديد لغير ابن القاسم، قال ابن أبي زيد: وهو لسحنون وفي المجموعة فإن ثبت بسماعٍ أو شاهد عدل أنّه نشد مسروقًا أو ادّعى بيّنةً بعيدةً وفي إيقافه ضررٌ على المدّعى عليه استحلف السّلطان المدّعى عليه وخلّى سبيله، ولا يأخذ منه كفيلاً قال: وممّا ينظر فيه نفقة العبد الموقوف على من تكون ففي الوثائق المجموعة قال ابن القاسم: نفقة العبد في التّوقيف على الّذي يقضى له به. ا هـ نقل الشّارح والنّشدان قال الجوهريّ نشدت الضّالّة أنشدها نشدةً ونشدانًا أي: طلبتها. ا هـ والبرهان والحجّة وهي البيّنة، والسّماع بفتح السّين أي: بيّنة السّماع، وأبق أي: هرب، والتّوقيف أي: إلى أن يأتي ببيّنة.

(تنبيه): ظاهر قوله حيث ادّعى بيّنة) حضورا أنّ فاعل ادّعى هو المدّعي المتقدّم ذكره

قوله: **(تنبيه: ظاهر قوله حيث ادعى بينة إلخ)** قال في التهذيب: ومن ادعي عبداً بيد رجل وأقام شاهداً عدلاً يشهد على القطع أنه عبده أو أقام بينة يشهدون أنهم سمعوا أن عبداً سرق له مثل ما يدعي وإن لم تكن شهادة قاطعة وله بينة ببلد آخر فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بينة ليشهدوا عليه عند قاضي تلك البلدة فذلك له، وإن لم يقم شاهداً ولا بينة على سماع ذلك وادعى بينة قريبة بمثل مسيرة اليومين أو الثلاثة فسأل وضع قيمة العبد ليذهب اليومين به إلى بينة لم يكن له ذلك، وإن قال: أوقف العبد حتى آتي ببينة لم يكن له ذلك إلاّ أن يدعي حاضرة على

---

(٢٨) لطخ: أي مار ماه به.

وهو الّذي قد قامت له بيّنةٌ بالنّشدان، أو بالسّماع أنّ عبده أبق، وأنّ المدّعي المذكور لا يجاب إلى الإيقاف إلاّ بأمرين: النّشدان مع دعوى البيّنة الحاضرة، أو السّماع مع البيّنة أيضًا، وظاهر ما نقل عليه الشّارح أنّ البيّنة سببٌ ثالثٌ، وأنّ الإيقاف يكون بأحد ثلاثة أشياء: إمّا ببيّنة النّشدان، وإمّا ببيّنة السّماع، أو دعواه أنّ له بيّنةً حاضرةً. وعلى هذا ففاعل ادّعى أي: مدّعٍ لا بقيد كونه أقام له بيّنة نشدانٍ أو سماعٍ، فلو قال أو ادّعى بيّنةً حضوراً لكان أبين واللّه أعلم.

الحق أو سماعًا يثبت له به دعواه، فإن القاضي يوقف العبد ويوكل به حتى يأتي ببينة فيما قرب من يوم ونحوه، فإن جاء بشاهد أو سماع فسأل إيقاف العبد ليأتي ببينة فإن كانت بعيدة وفي إيقافه ضرر استحلف القاضي المدعى عليه وأسلمه إليه بغير كفيل، وإن ادعى شهودًا حضوراً على حقه أوقفه نحو الخمسة أيام والجمعة وهذا التحديد لغير ابن القاسم، ورأى ابن القاسم أن يوقف له لأن الجاني بشاهد أو سماع له وضع القيمة عند مالك والذهاب به إلى بينته وهذا كالإيقاف، ونفقة العبد في الإيقاف على من يقضى له به، قال غيره: وإنما يوقف مثل ما يشهد على عينه من الرقيق والحيوان والعروض لأن ذلك يحول وتزول عينه، قال ابن القاسم: يوقف ما لا يؤمن تغيره وزواله، وأما المأمون كالعقار والرباع وما له من ذلك الغلة فإنما يوقف وقفًا يمنع من الأحداث فيه، والغلة أبدًا هي للذي في يديه لأن ضمانها منه حتى يقضى بها للطالب، قال سحنون: هذا إن كانت مبتاعًا أو صارت إليه بذلك من مبتاع إلخ، وهذا كله منه بلفظه من كتاب الشهادات وزاده أبو الحسن بيانًا، قف عليه في شرحنا عند قول المختصر في الشهادات وإن سأل ذو العدل، أو بينة سمعت وإن لم تقطع وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بلد يشهد له على عينه، أجيب لا إن انتفيا والقلة له للقضاء والنفقة على المقضي له به إلخ. وقوله: وأقام شاهدًا عدلاً إلخ ولم يرد أن معه لما قيده أبو الحسن به، ونقل عن اللخمي ما يقتضي أن الوقف أوسع من الذهاب بالعبد، وبتأمل ما ذكرناه يظهر لك ما في ابن الناظم والتحفة ومن تبعهما والذهاب والإيقاف أمرهما متقارب، وقد رأيت قول ابن القاسم: لأن الجاني إلخ فإنه جعل الإيقاف لازم للذهاب، والعجب من ابن الناظم لم ينقل كلام المدونة ونقل كلام من ذكره مع ما فيه من الإيهام، وجزم العبدوسي بأن الذهاب أخف من الإيقاف، ومرادهم هنا بالسماع القاطع هو السماع المحصل للعلم، وذلك مذكور في الشرح عند قول المتن: وجازت بسماع فشا إلخ. وذكر أبو الحسن أن اثنين يزكيان هنا بمنزلة العدل. وكذا ذكر ابن رشد الواحد الذي يزكى في كونه يوقف به كما يوقف بالاثنين اللذين يزكيان، وقد ذكرنا هنا فقهًا كثيراً في الذهاب بالدواب والعبيد وغيرهم وما يتبع ذلك من ضياع، ووضع قيمة وكيفية الذهاب للرجوع بالقيمة في القرب والبعد، وما يتبع ذلك من تحقيق هذه الأمور الكثيرة الوقوع، ونبهنا على ما يقع للناس من الغلط في ذلك، وأتينا بأنقال المتقدمين والمتأخرين، وحرزناها والحمد لله رب العالمين، وعبارة الوثائق المجموعة ما نصّه: قال أحمد بن سعيد: وإن سأل المعترف توقيف العبد أو الأمة أو الدابة إلى أن يأتي ببينة فإن ادعى أنه يقيم ذلك بما قرب من يومه أو أشبهه وقفه السلطان له، فإن أتى بسماع أو شاهد عدل على أنه نشده مسروقًا

فصل

رابعـــةٌ مـــا تـلزم اليـــمـــينا لا الحقّ لكـن للـمطـالبـــــينا

شــــهـــادة العــــدل أو اثنتـين في طلاقٍ أو عـــتـــاقٍ أو قـــذفٍ يفي

وتوقـف الزّوجـــــة ثـمّ إن نكـل زوجٌ فـــسـجنٌ ولعـــامٍ العـمل

وقــــيل لـلزّوجـــــة إذ يـديّن تمنـع نفـــســـهـــا ولا تـزيّن

هذا هو القسم الرّابع من أقسام الشّهادة وهو مـا يوجب اليمين، لكن لا على الطّالب كمـا في القسم الثّاني بل على المطلوب، ولا يوجب حـقًّا وذلك إذا شهد عـدلٌ أو امرأتان عدلتان بطلاق، أو عـتق، أو قذف (أو نحو ذلك ممّا لا يثبت إلاّ بعـدلين)، وأنكر المشهود عليه فـإنّه توقّف زوجة المشـهود عليـه بما ذكر ويحـال بينها وبينه، ويؤمـر بأن يحلف لردّ الشّهادة فـإن حلف برئ ولا شيء عليه، وإن نكل[٢٩] عن اليمين فالمشـهور أنّه يحبس في السّجن ويطال سـجنه العام ونحوه فإن تمادى على نكوله فـإنّه يطلق ويوكل إلى دينه وتؤمر زوجتـه حينئذ بأن تمنع نفسـها منه ما اسـتطاعت ولا تزيّن، ولا يأتيها زوجهـا إلاّ كارهةً، ولتفتد منه بما قدرت ابن يونس: وأمّـا إن ادّعت المرأة أنّ زوجها طلّقها لم يحلف الزّوج إلاّ أن تقيم المرأة شاهدًا، أو امرأتين ممّن تجوز شهادتهما في الحقوق فيحلف الزّوج، قال مالكٌ: يحال بينه وبينها حتّى يحلف فإن نكل طلقت عليه مكانها، واعتدّت من يوم الطّلاق وروي عنه إذا طال سجنه ديّن وترك، والطّول سنةٌ وبهذا أخـذ ابن القاسم. قال مالكٌ: وإذا ادّعى عبدٌ على سيّده أنّه أعتقه فلا يمين عليـه، ولو جاز هذا للنّساء والعبيد لم يشأ عبدٌ إلاّ حلّف سيّده، ولا امرأةٌ إلاّ حلّفت زوجها كلّ يومٍ، فإن أقام العبد أو المرأة شاهدًا، أو امرأتين ممّن تقبلان في الحقوق مثل: أن لا تكون من الأمّهات والبنات والأخوات أو من هو متّهمٌ بمظنّة

وادعى بينة بعيدة وفي إيقافه مضرة على المدعى عليـه استحلف السلطان المدعى عليه وخلى سبيله ولا يأخذ منه كـفيلاً. قال سحنـون: وروى غير ابن القاسم فـإن ادعى شهودًا حضورًا عـلى حقّه رأيت أن يوقف له ما بين الخمسة الأيام إلى الجمعة اهـ. بلفظه. وأحمد بن سعيد هو ابن الهندي.

قوله: **(أو نحو ذلك ممّا لا يثبت إلاّ بعدلين إلخ)** هذا لا يصحّ لدخول النكاح فيه، ولا خلف فيـه لقول المختصـر في هذا لا نكاح، وقد أشار هذا الشـارح في آخر كلامـه لهذا لكنه أوهم أن النكاح كالطلاق، والعـتق والقذف حيث لم يبين الراجح فـي المسألة، والراجح أن النكاح لا يمين فيه وغـيره لا عبرة به، وصاحب التـحفة إنما ذكر ثلاث مسـائل ولم يقل يكون هذا في كل ما لا يثبت إلاّ بعـدلين، وصاحب التوضـيح قال في عدم الحلف في النـكاح هو المعروف. وحكى ابن

---

(٢٩) نكل: أي نكص وأحجم.

فإنّه لا يحلف العبد، ولـكن يحلف السّيّد، فإن نكل عتق العبد ثـمّ رجع فقال يسجن أبدًا حتّى يحلف، ثمّ قـال إن طال سجنه ديّن، وفي تبصـرة اللّخميّ: وإن شهـد بقذف حلّف المشهود عليـه وبرئ ويختلف إن نكل هل يحدّ، أو يسجن أبدًا حـتّى يحلف أو يخرج بعد سنة قياسًا على الطّلاق (والجراح هل يطلّق أو يقتصّ منه) عند النّكول؟ قال الشّارح: اعتمد الشّيخ على قـول مالك الّذي رجع إليه في المسـألتين الأوليين، وعلى ما للّخميّ في مـسألة القذف، وممّا يلحـق بذلك دعوى النّكاح، والظّاهر أنّه لا يجـري مجرى العـتاق والطّلاق. قال المازريّ: منـصوص المذهب أنّ من أقام شـاهدًا واحدًا بنكاح امـرأة وأنكرته أن لا يمين عليها، وفـي الموّازيّة: لا يمين على دعوى النّكاح على امرأة لرجلٍ ولا عليه لهـا ما لم يقم بذلك شاهدٌ واحـدٌ، فأخذ منه بعض الأشـياخ وجوب اليـمين على المنكر منهمـا بالشّاهد الواحد ا هـ، وعلـى عدم اليمين مع الشّـاهد في النّكاح ذهب الشّيخ خليلٌ بـقوله وحلّف بشـاهد في طلاق وعتق لا نكـاح، فإن نكل حـبس وإن طال ديّن. فـقوله: رابعـةٌ صفـةٌ لمحذوفٍ أي: شهادةٌ رابعةٌ، وما تلزم ما موصولةٌ بمعنى الّذي وتلزم بضمّ أوّله مضارع ألزم، وللمطالَبين يجوز أن يقرأ بفتح اللام الثّانية اسم مفعولٍ من طالب، واللام بمعنى على حدّ، «واشترطي لهم الولاء» أي عليهم أنّ الشّهادة توجب اليمين، لا على الطّالب كما في القسم الثّـاني بل على المطلوب وهو الزّوج في الشّـهادة بالطّلاق، والسّـيّد في الشّـهادة بالعـتق، ويجوز أن يقرأ بكسرها وتكون للاستحقاق أي: أنّ هذه الشّهادة توجب اليمين للطّالب وهي الزّوجة في الطّلاق والعبد في العتق ويستحـقّها كلّ واحدٍ منهما على المطلوب، وقوله: ولا تزيّن على حذف إحدى التّاءين أي: لا تتزيّن.

الهندي قولاً بأنه يحلف كـما في الطلاق، ولكن كلام ابن شـاس وابن الحاجب فيـه شيء أيضًا. وقـال المازري: عدم اليـمين في النكاح هو منصـوص المذهب وهو الذي قدمـه في تنازع الزوجين صاحب المختصر حيث قال: وإلاّ فلا يمين إلخ. قوله: **(والجراح هل يقتص من إلخ)** هذا لا أعرفه ولا وقفـت على من ذكره، ولا شك أن هذا خـلاف المذهب، وإنما الخلاف في جـرح العمـد مع الشـاهد واليمين فـيه خـلاف قوي هل يقـتل بذلك أم لا شيء في ذلك؟ وقد اسـتوفـينا هذا في الشرح. وأما كون الجـارح يحلف فلم أقِف عليه، وإنما ذكر صاحب المختصـر الطلاق والعتق تبعًا للمدونة لاقتصاره عليهما، وزيادة صاحب التـحفة القذف صواب، وقد بيّنا أنقاله عند قول المتن: وحلف بشاهد في طلاق وعـتق لا نكاح إلخ. وقول شـراح التحفة هـنا في المرأة: ولا تتزين إلخ يعني والأمة مـثل الزوجة في هذا إن سـمعت عتق سـيدها لها كـما في ابن يونس وغـيره، وربما يشملها قولهم هنا العتق وعدم التزيّن إلخ ظاهر إذا كان الطلاق بائنًا، وأمـا إن كان رجعيًا فيحتمل أنه يطأ بنية الارتجـاع وذلك الوطء حلال فكيف تمتنع منه؟ ولكن انظر تحقيق المسـألة عند قول المتن في النكاح: ولا تمكنه إن سمعت إقراره وبانت إلخ أي والحالة أنها بانت منه بما ذكره الزوج. قول النظم: والابن للأب إلخ قدمنا هذا مستوفى.

(فصل)

خامسةٌ ليس عليها عمل وهي الشّهادة الّتي لا تقبل
كشاهد الزّور والابن للأب وما جرى مجراهما ممّا أبي

هذا هو القسم الخامس من أقسام الشّهادة الخمسة المذكورة في قوله قبل: «ثمّ الشّهادة لدى الأداء» البيت وهي الشّهادة الّتي لا عمل لها، ولا توجب شيئًا وهذا القسم في الحقيقة ليس بقسمٍ منها وإنّما هو قسمٌ لها، فالصّواب في التّقسيم إذن أن يقال: الشّهادة على قسمين قسمٌ: يوجب أمرًا، أو يندرج فيه الأنواع الأربعة المتقدّمة، وقسمٌ: (لا يوجب شيئًا) وهو هذه، أعني الشّهادة الّتي اختلّ فيها شرطٌ من شروط الشّهادة المتقدّمة أوّل الباب، أو وجد فيها مانعٌ يمنع من قبولها فالأوّل: كشاهد الزّور لاختلال شرط العدالة فيه، الثّاني: كشهادة الابن لأبيه لوجود المانع وهي التّهمة، وقد تقدّم الكلام على الشّروط، وأنّ من اختلّ فيه شرطٌ منها لا تقبل شهادته. وأمّا الموانع فعدّ ابن الحاجب منها جملةً صالحةً أوّلها: التّغفّل. الثّاني: أن يجرّ بها نفعًا كمن شهد على موروثه المحصن بالزّنا، أو قتل العمد ما لم يكن فقيرًا أو يدفع ضررًا كشهادة بعض العاقلة بفسق شهود القتل خطأً، الثّالث: أكيد الشّفقة بالنّسب كالأبوّة والأمومة، أو بالسّبب كالزّوجيّة فلا يشهد الزّوج للزّوجة ولا هي له، الرّابع: العداوة فلا تقبل عليه وتقبل له عكس القرابة، الخامس: الحرص على إزالة التّغيير بإظهار البراءة أو التّأسّي، فالأوّل كشهادته فيما ردّ فيه بفسقٍ، أو صبًا، أو رقٍّ، أو كفرٍ، والثّاني وهو التّأسّي كشهادة ولد الزّنا في الزّنا، وكشهادة من حدّ في مثل ما حدّ فيه، السّادس: الحرص على تحمّل الشّهادة كالشّاهد المختفي لتحمّلها، ولا يضرّ على المشهور أو على أدائها فيرفع شهادته قبل أن يطلب بها في محض حقّ آدميٍّ، وذلك قادحٌ، السّابع: الاستبعاد كإشهاد أهل الحاضرة شهودًا من البادية. وفي المدوّنة لا تقبل شهادة السّؤال إلاّ في التّافه اليسير لحصول الرّيبة فيما له قدرٌ وبالٌ، وقوله ممّا أبي بضمّ الهمزة أي: ممّا أباه الفقهاء من الشّهادات ولم يقبلوه.

فصل في شهادة السّماع

ابن عرفة: شهادة السّماع لقبٌ لما يصرّح الشّاهد فيه بإسناد شهادته لسماعٍ من غير

فصل

قوله: **(لا يوجب شيئًا)** أي من مضمون الشهادة وإلاّ فشهادة الزور توجب تعزير من شهد بها فافهم.

معيّنٍ فتخرج شهادته البتّ، والنّقل أي تخرج شهادة البتّ من قوله بإسناد شهادته لسماعٍ وتخرج شهادة النّقل من قوله من غير معيّنٍ؛ لأنّ المنقول عنه في شهادة النّقل معيّنٌ.

وأعملت شهادة السّماع ... في الحمل والنّكاح والرّضاع
والحيض والميراث والميلاد ... وحال إسلامٍ أو ارتداد
والجرح والتّعديل والولاء ... والرّشد والتّسفيه والإيصاء
وفي تملّك الملك بيد ... يقام فيه بعد طول المدد
وحبس من جاز من السّنينا ... عليه ما يناهز العشرينا
وعزل حاكمٍ وفي تقديمه ... وضرر الزّوجين من تتميمه

اشتملت الأبيات السّتّ على عدّ مواضع شهادة السّماع وذلك في: الحمل وممّا ينبني عليه أن تصير الأمة أمّ ولد، وفي النّكاح، وصفة شهادة السّماع في النّكاح أن تكون المرأة تحت حجاب الزّوج فيحتاج إلى إثبات الزّوجيّة ببيّنة، أو يموت أحدهما فيطلب الحيّ منهما الميراث فيثبت الزّوجيّة بالسّماع المستفيض فيحكم له بالميراث، (فلو لم تكن المرأة في عصمة أحد) بزوجيّة فأثبت رجلٌ أنّها زوجته تزوّجها بالسّماع لم يستوجب البناء عليها بذلك؛ لأنّ شهادة السّماع إنّما تنفع مع الحيازة للمرأة وهذا لم يحزها إليه إذ يحتمل أن يكون السّماع من واحد وقد فشا ذكره وواحدٌ لا يجوز به النّكاح، قاله القاضي أبو عبد الله بن الحاجّ. قال القاضي المكناسيّ: قلت فيظهر منه أن لا يبني عليها بشهادة السّماع مع أنّه يرثها به، إلاّ أن يكون سماعًا منتشرًا مستفيضًا يقع به العلم كما أنّ عائشة زوج النّبيّ ﷺ لا يمكن أن يختلف في هذا أنّه ينبني بها بهذه الشّهادة، لا سيّما إذا طال الأمر وماتت البيّنات. ا هـ

فصل في شهادة السماع

قوله: (فلو لم تكن المرأة في عصمة أحد إلخ) ظاهره أنها إذا لم يكن لها زوج أصلاً أن النكاح لا يثبت بالسماع، أما إذا كان لها زوج فلا تنزع منه بشهادة السماع أنها لغيره، وأما حيث لا زوج لها أصلاً ففي ذلك خلاف والراجح الجواز، وأما حيث تكون تحت حوز المشهود له فيصحّ بها النكاح ولا إشكال، وما سمع من الناس إن أفاد السامع اليقين والعلم فيشهد بذلك ولا يذكر سماعًا أصلاً كما إذا رأى بعينيه، وتجوز في كل شيء وإن أفاد السماع الظن، فهذه هي شهادة السماع المختلف في جوازها على أربعة أقوال وهي التي يصرّح فيها بقوله: سمعت سماعًا فاشيًا إلخ، وهي التي اشترط فيها شروط من طول الزمان ونحوه، وملخص ما عند الناس أن من حصل له العلم بالنكاح من جهة السماع وقرائن الأحوال كالدف فهو بمنزلة من حضره، فإذا شهد بذلك

وفي التّوضيح عن أبي عـمران أنّه يشترط في شهادة السّـماع على النّكاح أن يكون الزّوجان متّفقين عليه، وأمّا إذا أنكر أحدهما فلا. ا هـ. وتجوز في الرّضاع وينبني عليه انتشار الحركة المذكورة في باب الرّضـاع، وتجوز في الحيض وينبني عليـه البلوغ والخروج من العدّة وغـير ذلك، وتجوز في الميراث فيشهد أنّ فلانًا وارث فلان وذلك يئول إلى النّسب والولاء، وتجوز في الولادة، وممّا ينبني عليها أيضًا أن تصيـر الأمة أمّ ولد، والخروج من العدّة وغير ذلك، وتجوز في الإسلام وينبني عليه أن ترثه ورثته المسلمون دون غير المسلمين، وفي الرّدّ فميراثه لبيت المال وفي الجـرح والتّعديل وينبني عليهـما قبول شـهادة من عدّل، وعدم قبـولها ممّن جرح، وتجوز في الولاء وأنّ فلانًا معتقٌ لفلان أو معتقٌ لأبيه أو جدّه فيرثه بذلك إن لم يكن له عاصبٌ من نسبه، وتجوز فـي الرّشد والسّفه، وممّا ينبني عليهما إمضـاء تصرّفات الرّشيد وردّ تصرّفات المحـجور على تفصيلٍ مـذكورٍ في محلّه، وتجوز في الوصـيّة فتثـبت بشهادة السّماع. قـال شيخ شيوخنا أبو العـبّاس المنجور - رحمه الله - في شـرح المنهج المنتخب: والمفهوم من الـوصيّة المذكورة في كلام المؤلّف يعـني: سيّدي عليّ الزّقّاق إنّمـا هي الوصيّة

عدلان فإنهـما يقولوان نشهد بالله إنهـا لزوجته ولا يقولان ما زلنا نـسمع و تكون له زوجة بذلك أنكرت أم لا، كانت تحت حـوزه أم لا، طال الزمان أم لا، حتى إذا شهد اثنان بالنـكاح لغير من شهد له بالقطع من جهة السـماع وكان هذان اثنان حضرا نكاح من شهد له بها فإنهـما يتعارضان والحاصل من شهد لرجل بالقطع كمن شهد مع حضوره للواقعة وتخرج بها المرأة من حوز من هو زوج لها إن وقع ترجيح مـعتبر، وأما إن لم يحـصل لهما العلم وإنما حصل لهـما غلبة الظن من السماع فـقط فإنهما يقولان: مـا زلنا نسمع إلخ ويثبت بهما النـكاح، ولكن لا تتعارض مع هذه البينة مع اثنين حـضرا النكاح بل من حضـر يقدم على من سمع لأن بينة الحضـور أقوى، ولذلك اتفق على عدم اليمين معها، ولذلك قال في المفيد: شهادة السماع يثبت بها الحق بعد أن لا يكون مستحق له آكد من هذه الشهادة إلخ. وهذه البينـة لا تخرج بها المرأة من متزوج بها لأنه حائز لها ولا إشكال في هذا، وظاهر أنقـالهم أنه يسـتحـقهـا ولو أنكرت المرأة النكاح خلاف مـا عند أبي عمران، وكـذا حيث لا عصمـة عليها خلاف ما عند ابن الحـاج وإن كان هذا الأخير فـيه خلاف قوي، والمصنف قال في مختصره بملك لحـائز، ولا فرق في هذه الشهادة أيضًا طال الزمان أم لا، ولكن انظر طول الزمان فيما يأتي، والذي يأتي هو أن طول الزمان يشـترط في جميع أفراد شهادة السماع إلاّ في ضـرر الزوجين، ولا تنكر قبل الاطلاع على ما استند للـنابه، وما ذكروه في الموت هنا ابن عرفـة وغيره مبـحوث فيه، وكـذا نقل ابن عاشر عنه، انظر الشرح تر الفـتح إن شاء الله تعالى، وبهذا تعلـم ما في كلام هذا الشارح من الإجمـال واقتصاره على غيـر الراجح موهمًا أن ذلك متفـق عليه وكذا غيره، ولكـن إنما يظهر لك الحق في هذه الأمور التي تصعب علـى القضاة الذين يخشون العقاب بالوقوف على شرحنا لقـول المتن وجازت بسماع، فإننا أفردنا كل مسألة من هذه المسـائل بكلام طويل من كلام الفـحول لا يوجـد عند أحـد والعلم عند الله تعالى. قـوله:

بالمال، قال شيخ شيوخنا أبو عبد الله محمّد بن غازيٍّ: ولم أر من صرّح بالوصيّة بالمال وإنّما ذكر ابن العربيّ والقرافيّ والغرناطيّ لفظ الوصيّة غير مفسّر (فالظّاهر أنّهم قصدوا) ما في الكافي من الإيصاء بالنّظر، وبذلك فسّر صاحب التّوضيح الوصيّة في النّظم الّذي في أوّله يا سائلي عمّا ينفّذ حكمه، وتجوز أيضًا في ثبوت الملك لحائزه ولا تنفع لغير الحائز لضعفها، ولذلك قال النّاظم: الملك بيده وأمّا قوله يقام فيه بعد طول المدد وقوله وحبس جاز إلخ فيأتي بعض الكلام عليه قريبًا - إن شاء الله -، وتجوز في الحبس القديم ولذلك قال: جاز من السّنين إلخ. التّوضيح: ولا تفيد شهادة السّماع في الحبس إلاّ مع القطع على المعرفة أنّه محترمٌ بحرمة الأحباس. ا هـ وتجوز أيضًا في عزل حاكمٍ أو توليته، وينبني على توليته نفوذ حكمه، وعلى عزله عدم نفوذه، وتجوز أيضًا (في إثبات ضرر الزّوجين) وينبني عليه التّطليق بالضّرر إلى غير ذلك ممّا ينبني على هذه الأمور.

(تتميمٌ): قال في الباب الثّاني والثّلاثين من التّبصرة في القضاء بشهادة السّماع قال ابن راشد: شهادة السّماع لها ثلاث مراتب، المرتبة الأولى: تقييد العلم وهي المعبّر عنها بالتّواتر كالسّماع بأنّ مكّة موجودةٌ ومصر ونحو ذلك، فهذه إذا حصلت كانت بمنزلة الشّهادة بالرّؤية، وغيرها ممّا يفيد العلم، المرتبة الثّانية: شهادة الاستفاضة وهي تفيد ظنًّا قويًّا يقرب من القطع وترتفع عن شهادة السّماع مثل: أن يشهد أنّ نافعًا مولى ابن عمرو، أنّ عبد الرّحمن هو ابن القاسم فيجوز الاستناد إليها، ومنها إذا رئي الهلال رؤيةً مستفيضةً، ورآه الجمّ الغفير من أهل البلد وشاع أمره فيهم لزمهم الصّوم أو الفطر من رآه ومن لم يره، وحكمه حكم الخبر المستفيض لا يحتاج إلى شهادة عند الحاكم ولا تعديلٍ قاله الطّرطوشيّ ومنها استفاضة التّعديل والتّجريح وما يستفيض عند الحاكم من ذلك. قال محمّد بن عبد الحكم: من النّاس من لا يحتاج أن يسأل عنه الحاكم لاشتهار عدالته، ومنهم من لا يسأل عنه لاشتهار جرحته وإنّما يكشف عمّا يشكل ومنها القسامة بالسّماع بالاستفاضة، قال ابن القاسم: مثل أن يعدو رجلٌ على رجلٍ في سوقٍ مثل سوق الأحد وما أشبهه في كثرة النّاس فقطع كلّ من حضر عليه بالشّهادة، فرأى من ارتضى من أهل العلم أنّ ذلك إن كثر هكذا وتظاهر بمنزلة اللّوث تكون فيه القسامة من معين الحكّام. المرتبة الثّالثة: شهادة السّماع وهي الّتي يقصد الفقهاء الكلام عليه، ويتعلّق النّظر بصفاتها وشروطها، ومحلّها. فأمّا صفاتها بأن يقولوا: سمعنا سماعًا فاشيًا (من أهل العدل وغيرهم) وفي مفيد الحكّام: وتفسير شهادة

(فالظاهر أنهم قصدوا إلخ) هذا جزم به ابن فرحون فقال ما نصّه: قوله والوصية يريد ما حكاه أبو عمر في الكافي إلخ. قوله: **(في إثبات ضرر الزوجين إلخ)** هذا يحتاج إلى كلام طويل وتفصيل حفيل فانظره عند قول المتن في الخلع. ورد المال في شهادة السماع.

قوله: **(تتميم إلخ)** يظهر أن المرتبة الثانية بمنزلة الأولى في الحكم. قوله: **(من أهل العدل**

السّماع أن يشهد شاهدان، أو أربعةٌ على الاختلاف في ذلك أنّهم لم يزالوا يسمعون أنّ هذه الدّار صدقةٌ على بني فلان، وأنّ فلانًا مولى فلان قد تواطأ ذلك عندهم، وكثر سماعهم وفشا حتّى لا يدرون ولا يحيطون ممّا سمعوه من كثرة ما سمعوا به من النّاس من أهل العدل وغيرهم، ولا يكون السّماع أن يقولوا: سمعنا من أقوامٍ بأعيانهم يسمّونهم أو يعرفونهم إذ ليست حينئذ شهادةً سماع بل هي شهادةٌ على شهادة السّماع ا هـ. وأمّا شروطها فيأتي الكلام عليها في البيتين بعد، وأمّا محلّها فقد عدّ النّاظم جملةً صالحةً وزاد غيره مسائل أخر انظر شفاء الغليل لابن غازيٍّ. تنبيهٌ: قوله: وفي تملّك الملك بيد البيتين (قال في التّوضيح قال في الجواهر): إنّما يشهد بالملك إذا طالت الحيازة وكان يتصرّف فيه تصرّف المالك في الهدم ونحوه، ولا ينازعه أحدٌ ولا يكتفى بشهادتهم أنّه يحوزها حتّى يقولوا: إنّه يحوزها لحقّه وإنّها له ملكٌ، وأمّا من يشتري شيئًا من سوق المسلمين فلا يجوز أن يشهد له بالملك لأنّه قد يشتري من غير مالك المازريّ: والملك لا يكاد يقطع به وقال في مختصره: وجازت بسماعٍ فشا عن ثقات وغيرهم بملك لحائزٍ متصرّف طويلاً. وفي التّبصرة: إذا شهدت بيّنةٌ بالسّماع أنّه حبسٌ على الحائزين له وهو تحت أيديهم، أو يكون لا يد لأحد عليه فتشهد بيّنةٌ بالسّماع أنّه حبس على بني فلان، أو للّه تعالى ما بقيت الدّنيا فهذا الّذي تصحّ فيه شهادة السّماع إذا تطاول الزّمان. وفي المواّق ما نصّه تقدّم نصّ المدوّنة أنّ الشّهادة على السّماع في الأحباس جائزةٌ بطول زمانها. ا هـ (وفي حاشية شيخنا) سيّدي محمّد عبد الواحد بن عاشرٍ رحمه الله على المختصر ما نصّه: قوله: وإن طال الزّمان هذا الشّرطُ عند ابن عرفة خاصٌّ بغير الموت، وأمّا بالبعد فيشترط عدم طول الزّمان؛ لأنّه مع الطّول تمكن الشّهادة فيه على القطع، وشهادة السّماع يشترط فيها كون المشهود به بحيث لا يدرك بالقطع، قف على ابن غازي وفي ابن عرفة ما هو صريحٌ أو كالصّريح في اختصاص شرط الطّول بالأحباس والأشرية. ا هـ وهذا الّذي نسب إليه ابن عرفة هو ظاهر النّظم، وفي الحاشية المذكورة أنّ شرط طول الزّمان في بعض المسائل كالحيض والحمل مشكلٌ. ا هـ.

وشرطها استفاضةٌ بحيث لا ... يحصُر من عنه السّماع نقلا
مع السّلامة من ارتياب ... يفضي إلى تغليط أو إكذاب
ويكتفى فيها بعدلين على ... ما تابع النّاس عليه العملا

وغيرهم) هذا الذي به العمل أي لا بدّ من جمعه الكلمتين العدول وغيرهم وفي ذلك خلاف قوي غاية. قوله: **(قال في التوضيح: قال في الجواهر إلخ)** كلام ابن شاس. هذا في الشهادة بالملك على وجه البت، وأما شهادة السماع فلم يشترطوا فيها التصرف. وقول المتن: لحائز متصرف إلخ غير صحيح باعتبار قوله المتصرف، وإنما جاء هذا من فهمه لكلام ابن شاس أنه في بينة السماع،

يعني أنّه يشترط في صحّة شهادة السّماع شرطان: أحدهما: الاستفاضة والثّاني: السّلامة من الرّيبة المؤدّية إلى تغليط الشّاهد أو تكذيبه، فالاستفاضة هي أن يكون المنقول عنه غير معيّن ولا محصور كما أشار إليه بقوله: بحيث لا يحضر إلخ قال الباجيّ: وشرط شهادة السّماع أن يقولوا: سمعنا سماعًا فاشيًا من أهل العدل وغيرهم، وإلاّ لم تصحّ قال ابن حبيب عن مطرّف وابن الماجشون وقاله ابن الموّاز: قالا: ولا يسمّوا من سمعوا منه فإن سمّوا خرجت من شهادة السّماع إلى الشّهادة على الشّهادة، وقال ابن القاسم وأصبغ. وأمّا السّلامة من الرّيبة بغلط الشّاهد أو كذبه فيحترز بذلك من وجود الرّيبة، ومثالها ما حكاه ابن أبي زيد في النّوادر عن المجموعة لابن القاسم إذا شهد رجلان على السّماع وفي القبيل مائةٌ من أسنانهما لا يعرفون شيئًا من ذلك لم تقبل شهادتهما إلاّ بأمرٍ يفشو ويكون عليه أكثر من اثنين إلاّ أن يكونا شيخين كبيرين قد باد جيلهما، فتجوز شهادتهما، (ونقل الشّارح) عن أبي إسحاق الشّاطبيّ شرطًا لنا وهو: أن يكون فيما تقادم عهده وطال زمانه فإنّه إن لم يكن كذلك لم يفتقر إليها؛ لأنّ قصد الزّمان مظنّةٌ لوجود شهادة القطع، إلاّ أن لا يمكن في العادة شهادة القطع كما في الضّرر بين الزّوجين قال: (والتّحقيق) في الطّول الاستناد إلى العرف، قلت: وتقدّم قبل هذه الأبيات متّصلاً بها بعض ما يتعلّق بهذا الشّرط. ورابعًا: وهو كثرة عدد الشّهود فلا يقتصر على رجلين؛ لأنّه إذا لم يوجد إلاّ رجلان دلّ على عدم الانتشار، لكن لو كانا من الكبر بحيث باد جيلهما لزالت الرّيبة والعمل على الاكتفاء بعدلين كما نبّه عليه بقوله: ويكتفى فيها إلخ. وخامسًا: وهو العدالة في هؤلاء النّاقلين فلا تكفي الكثرة (ما لم تبلغ مبلغ التّواتر) بخلاف من ينقل عنهم، فإنّ

وما تأول به ابن مرزوق لا يجدي، وكذا ما ذكره الشراح فذلك كله ضرب في حديد بارد، ولذلك قال المؤلف في الشهادة بالملك على وجه البت وصحبه الملك بالتصرف وحوز طال كعشرة أشهر إلخ، وبينا هذا في الشرح غاية البيان بكلام المحققين فقف عليه إن شئت إن أردت تحرير المسألة، وإلاّ فامكث في غيهب جهلها والله يسامح الجميع. قوله: (وفي حاشية شيخنا إلخ) هذا كله مبحوث فيه بل الطول مشترط في جميع أفراد شهادة السماع ما عدا ضرر الزوجين كما أشرنا إليه قبيله. قوله: (ونقل الشارح إلخ) تقدم أن هذا شرط في جميع هذه الأفراد إلاّ في ضرر الزوجين. قوله: (والتحقيق إلخ) هذا خلاف ما به العمل، قال ابن يونس ما نصّه: قال مطرف وابن الماجشون: شهادة السماع تجوز في الخمسة عشر عامًا ونحوها لتقاصر أعمار الناس وقاله أصبغ، وكذا فيما طال زمانه إذا حملها أهل العدل هذا لفظه، ونقله أبو الحسن وسلمه وقال بعده: قال ابن المواز: قال ابن القاسم: لا تجوز شهادة السماع في مثل الخمسة عشر عامًا إلخ. وقال أبو الحسن أيضًا عن ابن رشد: العمل عندنا بقرطبة على قول ابن القاسم أنها تجوز في العشرين سنة اهـ. ومما يدل لذلك قول ابن عرفة أثناء كلامه ما نصّه: ولابن القاسم في العشرين أي تجوز وقال: إن كان وباء قبلت في أقل من ذلك إلخ. قوله: (ما لم تبلغ مبلغ التواتر إلخ) هذا

الانتشار كاف لشهادة العادة بالصّدق في مثله. (وسادسًا): وهو أن يكون المشهود فيه من شأنه الاشتهار، وأن لا يختصّ بمعرفة بعضٍ دون بعضٍ كما في الأنساب، والأحباس العامّة ونحو ذلك بخلاف الحبس الخاصّ لمعيّن فإنّه قد لا يشتهر اشتهار الحبس العامّ، ولا بدّ في نصّ الشّهادة من لفظ الانتشار، أو ما يفهم ذلك المعنى. وسابعًا: وهو كون الاشتهار في موضع الشّيء المشهود به، وزاد في التّبصرة. وثامنًا: وهو كون الشّيء المشهود به تحت يد المشهود له، إنّما تنفع لمن الشّيء في يده. قال ابن الموّاز: لا تجوز شهادة السّماع المدّعي دار بيد غيره وقد حازها، وإنّما تجوز لمن الدّار في يده. وتاسعًا: وهو أن يحلف المشهود له قال ابن محرز: لا يقضى لأحد بشهادة السّماع إلاّ بعد يمينه؛ لاحتمال أن يكون السّماع من شاهد واحد، والشّاهد الواحد لا بدّ له من اليمين. وعاشرًا: وهو أن لا يسمّوا المسموع منهم، وإلاّ كان نقل شهادة فلا تقبل إذا كان المنقول عنهم غير عدول قلت: وهذا الشّرط بعينه هو الّذي عنى النّاظم بالاستفاضة وقال بعض الشّيوخ: شهادة السّماع إذا كان ينتزع بها فلا تجوز إلاّ على السّماع من العدول، وإن كانت ليقرّ بها في يد حائزها فهذه يختلف في اشتراط العدالة فيها. تنبيهٌ: ما تقدّم من حلف المشهود له بالسّماع هو خاصٌّ بالدّعوى الّتي يقطع القائم بها لا في مثل دعوى موت مورثه فيما بعد من البلاد فإنّ اليمين هنا تضعّف على القول بأنّه لا يحلف إلاّ فيما يعلمه الحالف علمًا يقينيًا من غير طريق الشّاهد. وأمّا على القول الآخر فإنّه يحلف إذا تحقّق ذلك من قبل الشّاهد فينظر في إمكان تحقّق ذلك هنا، والظّاهر أنّه لا يمكن. ا هـ من الشّارح. قال مقيّد هذا الشّرح: وقد كنت جمعت الشّروط المذكورة في أبيات فقلت:

شهادة السّماع فيما عدّدوا عاملةٌ مع حلفٍ وقيّدوا

حلفه بكون ما ادّعاه محقّقًا عنده لا امتراه

إذا حصل العلم بالفعل فلا إشكال، وإلاّ فما به التواتر فيه خلاف قوي، انظر عند قول المختصر: ويعزيد عدالة لا عدد تر الحبق في أمثال هذا والكلام فيه نظر انظر شرحنا هنا. قوله: (وسادسًا إلخ) هذا قد يظهر من كلام الناس إنه ليس هو المذهب ولم يشر إليه في المختصر وإن ذكره بعضهم وكذا الشرط السابع، وبيّنا وجه ردّ هذا في الشرح فانظره إن شئت، مع أن الأفراد التي ذكرها في المختصر بعضها فيه مظنة الشهرة وبعضها لا، فانظر قوله: وهبة ووصية إلخ، وكذا مسائل كثيرة ذكروها هنا ليس من شأنها الاشتهار، وقد قال أبو الحسن على المدونة ما نصّه: قالوا شهادة السماع إن أفادت العلم جازت قولاً واحدًا، وإن أفادت غلبة الظن اختلف فيها على أربعة أقوال: تجوز في كل شيء، لا تجوز في شيء، تجوز في أربع مسائل ولا تجوز في غيرها وهي النسب، قال الشيخ: والولاء نسب والنكاح والموت وتولية القضاء، وقيل تجوز في كل شيء إلاّ في هذه الأربع إلخ، وهذا منه بلفظه. فقوله: تجوز في كل شيء إلخ على هذا مرّ الناس وهذه

كـذا عـدالةٌ يـلي طـول المدا | والانتـشـار مع لـفظـه بدا
مع كـون مـشـهـودٍ بـه ممّا يرى | أن يستـفـيض ويشـيع في الورى
وكـثـرة الشّـهـود ثمّ الانتـشـار | مـعـتـبـرٌ لدى مـحلّ الاضطرار
ولا بهـا يـزال مـا يـدٌ شـمل | ونـفي تـعـيينٍ لمن عنـه نقـل
وذو استـفـاضـةٍ كـذا السّـلامـة | من ريبـةٍ فـاحـفظ ولا مـلامـهْ

قال النّاظم رحمه الله.

فصل في مسائل من الشّهادة

ومن لـطالـبٍ بحـقٍّ شـهـدا | ولم يـحـقّق عنـد ذاك العـددا
فـمـالكٌ عنـه به قـولان | للـحكـم في ذاك مـبـيّنان
إلغـاؤها كـأنّهـا لم تذكـر | وتـرفع الـدّعـوى يمين المنكـر
أو يـلزم المطلـوب أن يـقـرّا | ثـمّ يؤدّي مـا بـهْ أقـرّا
بـعـد يمينـه وإن تجـنّبـا | تعـيـينًـا أو عـيّن والحـلف أبى
كلّف مـن يطلبـه التّـعـيـينا | وهو لـه إن أعـمل اليـمـينا
وإن أبى أو قـال لـست أعـرف | بطـل حـقّـه وذاك الأعـرف
ومـا عـلى المطلوب إجـبـارٌ إذا | مـا شـهـدوا في أصل مـلكٍ هكذا

يعني أنّه إذا شهد الشّاهد بحقٍّ كدينٍ مثـلاً ولم يحقّق مقداره وعدده، (فعن مالك في ذلك قولان) مبيّنان للـحكم في ذلك أحدهما: إلغاء تلك الشّهادة أي: عـدم اعتبارها وهي

قاعدة إذ هـي كلية موجبـة، وهذا ذكره ابن رشد وابن عرفـة وغيرهما، وعلّل ابن رشـد المسائل الأربع بأن من شأنها أن تستفـيض إلخ، ولعل ابن الناظم أراد هذه الأربع لأن من شأنها الانتشار، وهذه الأربع الاقتصـار عليها إنما هو أحد الأقـوال الأربعة، وقال الباجي: تجـوز هذه الشهادة في الأشربة والحيازات والصدقات والأحباس وشبه ذلك والشراء قد يخفى فافهم.

فصل في مسائل من الشهادة

قوله: (فعن مالك في ذلك قولان) قال أبو الحسن في كتاب صفة الرجم ما نصّه: قوله قيل

كالعدم فلم يبق إلاّ مجرّد الدّعوى، فترتفع وتقابل باليمين كسائر الدّعاوى. وإلى هذا أشار بقوله: ومن لطالب بحقٌ شهدا الأبيات الثّلاثة، فطالبٌ وبحقٌ يتعلّقان بشهد ويحتمل أن يتعلّق لطالب بمحذوف، صفةٌ لطالب، وفاعل يحقّق يعود على مَن والإشارة لوقت الشّهادة، وباء به ظرفيّةٌ والضّمير للفرع المذكور و مبيّنان صفةٌ لقولان، و للحكم يتعلّق بمبيّنان و إلغاؤها بدلٌ من قولان بدلٌ مفصّلٌ من مجملٍ و يمين فاعل ترفع والدّعوى مفعولٌ به. القول الثّاني: أنّ المطلوب أي: المدّعى عليه يكلّف ويلزم بأن يقرّ بما في ذمّته، ويحلف على ما أقرّ به ويؤدّيه لصاحبه فإن لم يقرّ بشيء، أو أقرّ ولم يحلف فإنّه يرجع إلى الطّالب ويكلّف بأن يعيّن ماله على المطلوب، ويحلف عليه فإن عيّنه وحلف عليه لزم ذلك المطلوب، فإن امتنع الطّالب من التّعيين أو عين وامتنع من اليمين بطل حقّه، هذا كلّه إذا كانت المطالبة بما في الذّمّة فإن كانت في شيء معيّنٍ كحقٍّ في دارٍ أو نحوها، فإنّه لا يكلّف بالتّعيين؛ لأنّه قد ينجرّ له ذلك الحقّ من إرث ولا يعلم قدره، لكنّه يحال بينه وبين ذلك الشّيء حتّى يحلف، ولا يسجن على ذلك؛ لأنّ الحقّ في شيءٍ معيّنٍ. وإلى القول الثّاني

لمالك فيمن شهد بين رجلين في حق فنسي بعض الشهادة وذكر بعضها فقال: إن لم يذكرها كلها فلا يشهد الشيخ، ومثاله أن يقول الشاهد له عليه مائة دينار أو مائة وخمسة فهو قد نسي بعض الشهادة فلا تجوز شهادته عند مالك وابن القاسم، وقال ابن كنانة وغيره: يستنزل إلى ما لا يشك فيه، وهذا الذي اعتمده أهل السجلات، وهذا في الشهادة على عدد متماثل، كذا فسرّها مالك في العتبية، ولو كانت الشهادة على فصول فهي كالشهادة، فلا تبطل إلاّ في ذلك الفصل الذي نسيها فيه إلاّ أن يكون مرتبطًا بغيره فتبطل فيه وفي غيره، قالوا: وكذلك لو كانت الشهادة على خط ميت أو غائب لا يمكن أن يؤدي شهادته، وفي الوثيقة محو في بعض الفصول إن كانت الوثيقة مرتبطة بذلك الفصل بطلت كلها، وإن كانت غير مرتبطة بذلك الفصل بطلت في ذلك الفصل لا غير إلخ، وهذا منه بلفظه. وفي المنتقى للباجي ما نصّه: ولو شهد أي العدل الواحد بعقد نكاح لم يثبت حكمه ولا يجب اليمين به على من ادعى عليه النكاح، ولو ثبت النكاح وجهل الصداق ثبت قدر الصداق بشاهد ويمين كالمال اهـ. بلفظه، ولم يذكر لهذا مقابلاً، ونقلناه عند قول المتن: وحلف بشاهد في طلاق إلخ. وقال أبو الحسن على مضمون قول المختصر: وإن شهدا بطلاق واحدة ونسياها لم تقبل إذ ذلك في المدونة ما نصّه: الشهادة إذا كان فيها تقصير لا تجوز ولا تستنزل الشهود وحصل فيها ابن رشد ستة أقوال إلخ. وقال ابن ناجي على المسألة ما نصّه: ويقوم منها أن الشاهد لا يستنزل إلى أقل المستيقن. وقال مطرف: بل يستنزل. قلت: وعن اللخمي أول لابن الماجشون والثاني لمطرف وابن كنانة، واختار شيخنا حفظه الله تعالى في درسه الأول وذكر أنه قول ابن القاسم نصًا وشيخنا أبو مهدي حفظه الله الثاني قائلاً: ولا ينبغي أن يختلف فيه، ثم وقعت عندنا بالقيروان بعد سنين متطاولة وعمل القاضي فيها مجلسًا فذكرت له ما تقدم وإذا عند أحد الغريمين فتوى أخرجها من عند شيخنا الأول لما صار مفتيًا بتونس بعد موت شيخنا الثاني فذكر فيها قول ابن القاسم ومطرف واختار ما ذكرناه عنه اهـ. بلفظه. ولكن قول أبي

أشار بقـوله: أو يلزم المطلوب أن يقرّ الأبيات الأربعـة وإلى مسألة ما إذا كـانت المطالبة في شيْء معيّنٍ أشـار بقوله: وما على المطلوب البيت فـقوله: أو يلزم المطلوب هو بنصب يلزم عطفٌ على قـولـه إلغـاؤها من باب قـوله: وإن على اسم خـالـصٍ فـعلٌ عطف. . . إلخ والمطلوب نائب يلزم مضارع ألزم وإن يقرّ مفعوله الثّاني، وفاعل يؤدّي المطلوب، كذا فاعل تجنّب، و الحلف مفعول أبى، وفاعله المطلوب، وهو بفتح الحاء وسكون اللام قال الجوهريّ حلف الرّجل أي: أقسم يحلف حلفًا ومـحلوفًا وهو أحد ما جاء من المصادر عـلى مفعول مثل: المجلود والمعـقول والمعـسور، وأحلفتـه أنا وحلّفته واسـتحلفتـه كلّه بمعنًى، والحلف بالكسر العهد يكون بـين القوم وقد حالفه أي: عاهده وتحالفـوا أي: تعاهدوا انتهى وقوله: «كلّف من يطلبه التّعـيينا» هو جواب قوله وإن تجنّبا وضميـرٌ وهو لما عيّنه الطّالب يدلّ عليه التّعيين وضـميرٌ له لمن يطلب أي: الطّالب، وقـوله: وإن أبى أي: من الحلف ومعنى هكذا أي: شهـدوا بحقٍّ ولم يعيّنوا قدره. قـال ابن يونس: قال ابن حـبيبٍ قال مـالكٌ في البيّنة تشهد بحقٍّ لرجلٍ ويقولون لا نعرف عدده إلاّ أنّا نشهد أنّه بقي عليه حقٌّ فليقل للمطلوب: أقرّ له بحـقّه فمـا أقرّ به حلف عليه ولا شيء عليـه غيره وإن جـحدّ قيل للطّالب إن عرفـته فاحلف عليـه وخذه، فإن قـال: لا أعرفه وضـاعت كتب محـاسبتي أو أعـرفه ولا أحلف فليسجن المطلوب حتّى يقرّ بشيء، ويحلف عليه فإن أقرّ بشيءٍ ولم يحلف أخذ منه وحبس حتّى يحلف، ولو كان ذلك حقًّا في دارٍ حيل بينه وبينها حتّى يحلف ولا يحبسه؛ لأنّ الحقّ في شيءٍ معيّـنٍ. قال الشّارح: فالقول الأوّل الّذي قـدّمه الشّيخ - رحمـه الله - نصّ عليه صاحب الاسـتغناء، والثّـاني هو الّذي حكاه ابن حبـيب إلاّ أنّه يظهر من قول الـشّيخ بطل حقّه، بعض مـخالفة لما نقل ابن حبيب من سـجن المطلوب إذا أبى الطّالب من اليمين، أو قال لا أعـرف الحقّ إلاّ أن يحلف فاللّه أعلم بمستنده في ذلك، مع أنّ وجهـه ظاهرٌ حيث يأبى الطّالب من اليمين مع كونه يعرف الحقّ واللّه أعلم. .

ومنـكرٌ للخـصم مـا ادّعـاه أثبـت بعـد أنّـه قـضـاه

ليس عـلى شـهـوده مـن عـمل لـكونـه كـذّبـهم فـي الأوّل

يعني أنّ من ادّعيت عليـه دعوى تستلزم عـمارة ذمّةٍ بحقٍّ من الحـقوق الّتي تعمـر بها

الحسن: وهو الذي اعتمده إلخ، مع قول أبي مهدي: لا ينبغي أن يختلف فيه يدل على قول القول بالاستنزال مـع ظهوره في نفسـه، لكن في الحطاب عن ابن رشد: إذا نص الشـاهد بعد الشـهادة ونسي رد الجميع، ثم قال: وإذا لم يأت الشـاهد بالشهادة على وجهها وسقط عن حـفظه بعضها فإنها تسـقط كلها بإجماع إلخ، فانظر هذا الإجـماع مع ما تقدم ومع ما كتـبناه قبل هذا عند قول الناظم: وامتنع النقصان والزيادة إلخ.

الذّمم فأنكر تلك الدّعوى وجحدها فأثبت الطّالب ما ادّعاه عليه ببيّنة، أو بإقرار المطلوب بذلك فأقام المطلوب البيّنة بأنّه قضاه ذلك الحقّ فإنّ بيّنته على القضاء لا تقبل؛ لأنّه كذّب شهادتهم بإنكاره الدّعوى. قال المتيطيّ: أمّا لو أنكر المعاملة فأثبتها الطّالب فاستظهر المطلوب بالبراءة بدفعه فإنّه لا تقبل منه بيّنةٌ بعد إنكاره المعاملة هذا هو المشهور والمعمول به وروى عيسى عن ابن نافع: تنفعه البراءة ولا يضرّه إنكار المعاملة، وأمّا إن قال ليس عليّ شيءٌ فلمّا أقام عليه البيّنة بسلف أو بيع جاء ببراءة وشهود على الدّفع فإنّه يسقط ذلك بالحقّ عنه قولاً واحدًا. ا هـ. ابن رشد: لأنّ من حجّته أن يقول: صدقت ما كان لك عليّ دينٌ من شراء، ولا من سلف لأنّي كنت قضيتك حقّك وإنّما تكون له حجّةٌ إذا ما قال: ما أسلفتني شيئًا ولا بعتني شيئًا. ا هـ قال ابن الهنديّ في توجيه المشهور وتضعيف الشّاذّ لأنّ من كذّب بيّنةً فقد أسقطها ومن، أوجب له سماعها بعد تكذيبه إيّاها فقد فتح باب التّعنيت والتّشغّب وأعان عليه. ا هـ من المواّق (وفي مختصر الشّيخ خليل) في باب القضاء: وإن أنكر مطلوب المعاملة بالبيّنة، ثمّ لا تقبل بيّنته بالقضاء بخلاف لا حقّ لك عليّ، وقال في باب التّخيير والتّمليك: وقبل إرادة الواحدة بعد قوله لم أرد طلاقًا والأصحّ خلافه، وقال في باب الوكالة: ولو أنكر القبض فقامت البيّنة فشهدت بيّنةٌ بالتّلف كالمديان، وقال في باب الوديعة: ويجحدها ثمّ في قبول بيّنة الرّدّ خلافٌ، وفي الوثائق المجموعة فإن ادّعى المطلوب دفع ما ثبت عليه من الدّين بعد إنكاره أصل المعاملة أو السّلف لم يبح له القاضي إثبات ذلك، لأنه قد كذّب شهوده على الدّفع بإنكاره أصل الطّلب وبهذا القول القضاء ا هـ من الشّارح. ثمّ قال: وقول من مال إلى قبول قول المنكر إذا أقام البيّنة على إبرائه أوضح وأرجح والله أعلم. اللّخميّ: اختلف إذا أنكر الإيداع فلمّا شهدت البيّنة عليه أقام بيّنةً أنّه ردّها فإنّها لا تقبل بيّنته؛ لأنّه كذّبها بقوله ما أودعتني وكذلك إذا قال ما اشتريت منك فلمّا أقام عليه البيّنة بالشّراء أقام هو عليه البيّنة بالدّفع وقيل: يقبل قوله في الموضعين جميعًا، وهو حسنٌ؛ لأنّه يقول أردت أن لا أتكلّف بيّنةً، والمسألة من باب الإقرار الحاصل بالتّضمين لا بالصّريح وفي إعماله خلافٌ؛ (لأنّ بيّنة القضاء) تتضمّن الإقرار بالمعاملة الّتي تفرّع

قوله: **(ومن مختصر الشّيخ خليل إلخ)** قف على هذه المواضع في خليل تر الفقه الصحيح في النازلة، فإننا شرحناها بأنقال محررة وذكرنا زيادة وتحريرًا على ما عند الناس وتقييدات يجب الوقوف عليها ولا يحكم في المسألة بدونها، والمسألة كثيرة الخلاف والترجيح فيها من جهتين، والتفريقات هل هذا في الحدود والأصول وغيرهما؟ وهل يعذر الجاهل فيها ومن غابت بينته أم لا؟ إلى غير ذلك، قف على ذلك في باب الوكالة، وما ذكره هذا الشارح من المحال الأربعة في خليل ترك منه شيئًا، ففي الاستلحاق: وإن اشترى مستلحقه والملك لغيره عتق كشاهد ردّت شهادته، وقال في كتاب العتق: وإن شهد على شريكه بعتق نصيبه فنصيب الشاهد حر إن أيسر شريكه والأكثر على نفيه كعسره، وقال في الطلاق: حلف على نفيه فإن نكل نوى في عدده إلخ. قوله: **(لأن بينة القضاء إلخ)** بل تفسير هذا هو أن يقال قول المدين ما تسلفت مثلاً يدل على تكذيب

القضاء عنها، وإنكاره المعاملة أوّلاً تكذيبٌ لبيّنة القضاء.

فرعٌ: قال في أوائل نوازل الدّعاوى والأيمان من المعيار) وسئل ابن رشد عن امرأة توفّيت وتركت زوجًا وورثةً، فقاموا يطلبون الزّوج بجهازها الّذي أورده أبوها بيت بناء الزّوج المذكور بها فأنكر أن يكون أورد بيت بنائه شيئًا، فاستدعوا بيّنة ببعض أشياء منها فتقيّد عليه إنكاره فهل يضرّه إنكاره، ويلزمه إحضار كلّ ما شهد به أنّه وصل بيت بنائه، أو لا يلزمه شيءٌ من ذلك؟ ولا يضرّه إنكاره إذ لو أقرّ بوصوله لم يلزمه سوى اليمين أنّه ما غاب على شيء منه ما لم يشهد عليه بالضّمان حسبما نصّ عليه أهل العلم، وهو الّذي يظهر لي؛ لأنّها بيّنةٌ قامت في القضيّة لو أقرّ بها لم يلزمه، فكذلك إذا أنكرها بخلاف من أنكر حقًّا طلب به ثمّ لمّا ثبت عليه ادّعى البراءة منه؛ لأنّ ذلك بنفس الثّبات قبل الإنكار أو بعده، فيحكم عليه بالأداء وهذا لا يحكم عليه بالأداء، وإن ثبت عليه ووقع بين أصحابه

بينته بالقضاء ولكن لم يقل هي كاذبة صراحة: وأما قوله قضيت فهو يدل أيضًا على الصدق، ولكن هذا إنما نحتاج إلى الكلام عليه حيث لم يقم الطالب البينة، وأما عندها فمضمن الإقرار هو قوله ما تسلفت إلخ فافهمه بإنصاف، ويدل لهذا كلام ابن عرفة الآتي هنا في الوديعة، ولا بدّ من النظر في هذه الأمور إلى قرائن الأحوال على كل حال، إذ هذا المحل وأمثاله مدحضة[٣٠] أقوام ومزلة أقدام، فمن اتقى الله وقف فيها واعتبر ونظر غاية وشمر[٣١] وإلاّ هرب وفرّ، ودليل هذا يعرفه من وقف على كلام الناس في هذا.

قوله: **(فرع: قال في أوائل نوازل الدعوى والأيمان من المعيار إلخ)** انظر هذا الفرع قال ابن فرحون ما نصّه: ومن ادعى عليه رجل دينًا من سلف أو قراض أو وديعة أو بضاعة أو رسالة أو رهن أو عارية أو هبة أو صداقة أو حق من الحقوق فجحد أن يكون عليه شيء من ذلك فلما خاف أن تقوم عليه بذلك البينة أقرّ وادعى فيه وجهًا من الوجوه يريد إسقاط ذلك عن نفسه لم ينفعه ذلك وإن قامت له البينة على ما زعم أخيرًا لأن جحده أولاً إكذاب لبينته فلا تسمع وإن كانوا عدولاً إلخ. وقال ابن عرفة ما نصّه الشيخ، قال ابن حبيب عن ابن القاسم وأشهب والأخوين: من أودع وديعة بينة ثم جحدها ثم أقام بينة أنه ضامن لأنه أكذب بينة يجحدها يريد إن قال ما أودعتني شيئًا، ولو قال ما لك عندي من هذه الوديعة شيء نفعته بينته وتسمع. عيسى: سئل ابن القاسم عمّن جحد قراضًا ادعي عليه به ثم قال تلفت مني قال: قال مالك فيمن أنكر مالاً بعث معه لرجل فقامت عليه بينة فقال تلف يحلف لقد ضاع ويبرأ فكذلك مسألتك قال: إن جحده فقامت عليه البينة لم يصدق في دعوى الضياع إلخ، وهذا منه بلفظه مع الوديعة وفي ضمنها القراض المدعى عليه لا يلزمه غرم ذلك؛ لأنه أمين، ولعل الفرق أن مسألة الزوجة يمكن أن تكون هي المتلفة للمال، وبهذا وأمثاله تعلم صعوبة هذه المسائل فاجتهد غاية ليوفقك الله الهادي بمنّه.

(٣٠) مدحضة: أي مبطلة.

(٣١) شمر: أي جدّ في الأمر وخف ونهض.

فيه نزاعٌ وراق ما ذكرته فأردت معرفة رأيك العليّ في ذلك مأجورًا إن شاء الله. فأجاب: تصفّحت سؤالك والّذي ظهر لك فيه وهو الّذي أراه ولا يصحّ عندي سواه، فلا يلزم الزّوج سوى اليمين أنّه ما أخذ من مالها شيئًا في حياتها، ولا بعد وفاتها، ولا غاب على شيء من تركتها ولا وجد لها سوى ما أحضره لاحتمال أن تكون هي أتلفت ما جهّزت به إليه، أو تلف من غير فعلها. ا هـ.

وفي ذوي عدلٍ يعارضان مبرّزًا أتى لهم قولان

وبالشّهيدين مطرّفٌ قضى والحلف والأعدل أصبغ ارتضى

يعني إذا تعارضت بيّنتان أحدهما بشهادة عدلين والأخرى بشهادة عدل واحد مبرّز عدل من الشّاهدين فهل تقدّم شهادة العدلين أو شهادة العدل المبرّز؟ ذهب مطرّفٌ إلى إعمال شهادة العدلين ترجيحًا لها على شهادة العدل المبرّز مع اليمين. وذهب أصبغ إلى إعمال شهادة المبرّز الأعدل، مع يمين القائم بها. قال في كتاب ابن يونس وظاهرٌ لابن حبيب عن مطرّف وعن ابن الماجشون وإن أقام أحدهما شاهدين والآخر شاهدًا أعدل أهل زمانه وأراد أن يحلّف معه فليقض بالشّاهدين، وكذلك روى أصبغ عن ابن القاسم في العتبيّة أنّه يقضى بشهادة الشّاهدين، وروى عنه أبو زيد أنّه يقضى بشهادة الشّاهد الأعدل مع يمين الطّالب، دون شهادة الشّاهدين وإن كانا عدلين، وبهذا أخذ أصبغ قال ابن رشد: بعد ذكره ما حكاه ابن حبيب عن مطرّف وابن الماجشون من أنّ الشّاهدين إذا كانا عدلين أحقّ من اليمين مع الشّاهد الّذي هو أعدل أهل زمانه وهو الأظهر، إذ من أهل العلم من لا يرى الحكم بالشّاهد مع اليمين أصلاً، ومن لا يرى التّرجيح بين البيّنتين أصلاً فالقول بأنّه يقضى بالشّاهد الواحد مع يمين صاحب الحقّ إذا كان أعدل من الشّاهدين (إغراقٌ في القياس) ا هـ.

قوله: **(إغراق في القياس)** بل هو الذي ربما يظهر ترجيحه. قال ابن يونس ما نصّه: وإن أقام أحدهما شاهدين عدلين وأقام الآخر شاهدًا أعدل أهل زمانه وأراد أن يحلف معه فليقض بالشاهدين، وكذا روى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية أنه يقضى له بشهادة الشاهدين، وروى عنه أبو زيد يقضى بالشاهد الأعدل مع يمين الطالب دون شهادة الشاهدين وإن كانا عدلين وبهذا أخذ أصبغ، وكذلك في كتاب ابن المواز: إن أقام أحدهما شاهدًا وأقام الآخر أربعة فإن كان الواحد أعدل قضيت به مع يمين صاحبه، وإن كان في الأربعة اثنان أعدل منه قضيت بهما، ثم قال عن أشهب ما نصّه: إذا لم يكن في أيديهما فهو لصاحب الشاهدين، وقال أيضًا: يحلف مع الشاهد الأعدل ويكون أحق به، وتابعه عليه أصحاب مالك وقاله أصبغ اهـ. بلفظه وأصله في النوادر، ولم ينقله ابن عرفة ولا صاحب التوضيح وكان من حقهما نقله، فقوله: وتابعه عليه أصحاب مالك وقف على قول المختصر ما نصّه: وبمزيد عدالة لا عدد وبشاهدين على شاهد ويمين أو امرأتين، والخلاف مبني على أن التعارض ترجيح أم لا والواحد لا يرجح به، انظر شرحنا في

وقــدم التّـــاريخ ترجــيــحٌ قــبل لا مع يدٍ والـعكس عن بعـضٍ نقل

وإنّمــــا يـكون ذاك عـندمـــا لا يمكـن الجـمع لـنا بينـهـمـا

يعني إذا تعارضت البيّنتان فإن أمكن الجمع بينهمـا جمع، ابن عرفة تقرّر صورة الجمع مثل قولها من قال لرجلٍ: أسلمت لـك هذا الثّوب في مائة إردبٍّ حنطةً، وقال الآخر: بل هذين الثّوبين سواء في مائة إردبٍّ حنطةً وأقاما جميعًا البيّنة، لزمه أخذ الثّلاثة الأثواب في مائتي إردبٍّ ا هـ، وإن لـم يمكن الجمع بينهمـا فإنّه يرجع إلى التّـرجيح، والتّـرجيح يكون بأشياء من جملتها قدم التّاريخ، فإن كان تاريخ إحـدى البيّنتين أقدم فهي مقدّمةٌ على حديثة التّاريخ، إلاّ أن يكون القائم بحـديثة التّاريخ حائزًا يتصرّف تصـرّف المالك في ملكه بمحضر المدّعي ولا عذر له في سكوته عنه، فتـقدّم بيّنته وإن كانت أحدث تاريخًـا؛ لأنّ تركه بيده يتصـرّف فيـه، وهو ينظر إليـه قاطعٌ لحجّـته، (وقـيل بعكس هذا القـول، وأنّ المعتـبر في الاستحـقاق التّاريخ المتأخّـر، قال ابن يونس لو شهدت بيّنةٌ) أنّ هذا يملـك الأمة منذ عامٍ، وشهدت بيّنةٌ لآخـر أنّه يملكها منذ عامين، فإنّي أقضي ببيّنة أبعـد التّاريخين إن عدلّت وإن كانت الأخرى أعـدل، ولا أبالي بيد من كانت الأمة إلاّ أن يحـوزها الأقرب تاريخًا بالوطء والخدمة والادّعاء لها بمحضر الآخر، فهذا يقطع دعواه فيها وفيه أيضًا. عن ابن سحنون قال أشهب في عبد بـيد رجلٍ أقام الآخر بيّنةً أنّه عبده منذ عـامين، وأقام حائزه بيّنةً أنّه لهَ منذ سنة، قضي به لصـاحب السّنتين إلاّ أن يحوزه الآخـر على وجه الملكِ بمحضـر هذا وعلمه فأقـضي له به، قال: ولو أقـام رجلٌ بيّنةً أنّه له منذ سنة، وأقام الحـائز بيّنةً أنّه في يده منذ سنتين ولـم يشهدوا أنّه له قال: أراه لمن شـهدوا له أنّه لهَ منذ سنة، إلاّ أن يكون للآخر بيّنةٌ بالحوز له على الآخر بوجـه الملك على ما ذكرنا. قال اللّخميّ: وإن ورّختـا قضي للأقدم، وإن كانت الأخرى أعدل، وسواءٌ كانت بيد أحدهما أو تحت أيديهما أو تحت يد ثالثٍ أو لا يد عليها. ا هـ فـقوله وسواءٌ كانت تحت يد أحدهما صـادقٌ بما إذا كانت تحت يد صاحب التّـاريخ الأحدث فـإنّه يقضى للأقـدم وإن كـانت بيد الأحـدث، وإلى ذلك أشار بقـوله: والعكس عن بعضٍ نقـل فمـراده بالعكس تقـديم بيّنة الأقـدم ولو كان ذلـك بيد صـاحب الأحدث، والمتبـادر أنّ المراد بالعكس تقديم ذات التّاريخ الأحدث على أنّ العكس الحـقيقيّ

المحل المذكور تطلع على أمور كثيرة وعلى العدد إذا كثر جدًا وأفاد اليقين ولا بدّ ولا بدّ.

قوله: **(وقيل بعكس هذا القول وأن المعتبر في الاستحقاق التاريخ المتأخر إلخ)** هذا لا نعرف من قاله وإن صـرح به ابن الناظم وتبعـه عليه هذا الشـارح مع كونهـما لم يأتيا بـدليل من كلام الناس. قوله: **(قـال ابن يونس: لو شهـدت بينة إلخ)** علّل ابن عرفـة هذا بقوله سنة قـابلت سنة فتساقطتا وبقيت للأقدم سنة زادت بها على الأخرى، وشبهه لصاحب التوضيح، وعلّل أبو الحسن ترجيح من ورخت على من لم تورخ بأن الأولى حفظت، ولكن كلام اللخمي لابدّ منه في هذا،

تقديم بيّنة صاحب التّاريخ الأحدث (ولو كان الشّيء بيد صاحب التّاريخ الأقدم) فاستظهر على ذلك بالنّقل.

والشّيء يدّعيه شخصان معا ولا يدٌ ولا شهيدٌ يدّعى
يقسم ما بينهما بعد القسم وذاك حكمٌ في التساوي ملتزم
في بيّنات أو نكول أو يد والقول قول ذي يدٍ منفرد
وهو لمن أقام فيه البيّنة وحالة الأعدل منهما بيّنهْ

يعني أنّ الشّيء إذا ادّعاه شخصان سواءٌ كان ذلك أصلاً، أو عرضًا، أو حيوانًا، أو غير ذلك وليس لواحد منهما ما تترجّح به دعواه على دعوى صاحبه، لا بيد أي: حوز ولا بشهادة شاهد ولا بغير ذلك بوجه من الوجوه، وادّعى كلّ واحد منهما أنّ جميعه له فإنّه يقسم بينهما نصفين بعد حلفهما، هذه مسألة النّاظم وإليها أشار بقوله: والشّيء يدّعيه شخصان معا إلى قوله بعد القسم إلاّ أنّ ظاهره أنّه يقسم في الحال وليس كذلك، (بل فيه تفصيلٌ) فإن كان يخشى فساده كالحيوان، والرّقيق، والطّعام فإنّه يستأنى به فإن يأتيا بشيء، وخيف عليه قسم بينهما، وإن كان ممّا لا يخشى عليه الفساد كالدّور. قال في المدوّنة: يترك حتّى يأتي أحدهما بأعدل ممّا أتى به صاحبه، ابن القاسم: إلاّ أن يطول الزّمان، ولا يأتيا بشيء غير ما أتيا به أوّلاً فإنّه يقسم بينهما؛ لأنّ ترك ذلك ووقفه ضررٌ قاله في التّوضيح. وأمّا إن ادّعى أحدهما بعضه بالنّصف والآخر جميعه فإن كان المتنازع فيه ليس تحت أيديهما

وأشار إلى سؤال البيتين في تاريخ أحدهما وأتى بكلام كثير يطول بنا اختصاره فتركناه لذلك، وإن كان القاضي يحتاجه احتياج الظمآن للماء إن كان يخشى الله تعالى، وأشار أنه ينظر لسن الدواب مع ما وقع من الشهادات عليها، ولكن كتبنا ذلك في شرحنا عند كلام المختصر على المرجحات فانظره إن شئت، وقد أكلت هنا أموال يعلمها الكبير المتعال، وكلام اللخمي المذكور ينجي من ذلك إن شاء الله تعالى. قوله بعيد هذا: **(ولو كان الشيء بيد صاحب التاريخ الأقدم)** الذي نعرفه أن أقدم التاريخ يرجح على مقابله كانت بيد أحدهما أو غيرهما أو لا يد عليها أصلاً كانت إحداهما أعدل أو لا إذا حازها مقابل صاحب الأقدم على وجه الملك مع علم صاحبه بذلك، وإذا فهم هذا فتفهم قول الناظم والعكس إلخ، وما ذكرناه هو الذي في كلام الناس، وتأمل ما شرح به هذا الشارح، ولكن ما ذكرناه من كلام الناس متفق عليه أو هو الراجح، وعليه فالأمر سهل لأن المقصود هو معرفة الأرجح من الخلاف أو المتفق عليه.

قوله: **(بل فيه تفصيل إلخ)** هذا كلام صحيح وهو في كلام التهذيب وابن يونس غير أن فيه خلافًا فالأرض فيها هذا الحكم وذلك هو الراجح، وقيل تبقى أبدًا إلى أن يأتي أحدهما بحجة يحكم له بها، قال أبو الحسن: والوقوف في عفو الأرض أكثر منه في الدور ونحوها أي على

بل كان بيد شخصٍ آخر لا يدّعيه لنفسه، أو لم يكن أحدٌ أصلاً، كما لو تنازعا في عفوٍ من الأرض فإنّهما يحلفان ويقسم بينهما على قدر الدّعوى اتّفاقًا. قاله ابن الحاجب وإن كان في أيديهما معًا والمسألة بحالها من كون أحدهما ادّعى جميعه، والآخر بعضه كالنّصف فقيل: يقسم على قدر الدّعوى أيضًا وهو المشهور. وقال أشهب وسحنونٌ: يقسم بينهما نصفين لتساويهما فيه في الحيازة، قاله ابن الحاجب أيضًا. وإذا قلنا بالقسمة على الدّعوى إمّا اتّفاقًا أو على المشهور كما تقدّم ففي كيفيّتهما قولان: التّوضيح: فقال مالكٌ وأكثر أصحابه: يسلك فيها مسلك عول الفرائض؛ لتساويهما في المتداعى فيه، ولتعذّر التّرجيح وصارا كورثة زادت الإسهام الواجبة لهم على الجميع وقال ابن القاسم وابن الماجشون: مبنى هذه المسألةً على التّنازع فمن أسلم شيئًا لخصمه سقط حقّه فيه، فإذا ادّعى أحدهما الدّار كاملةً، وادّعى الآخر نصفها فعلى الأوّل: يعال المدّعي النّصف بمثل نصف اثنين فيقسم المدّعى فيه بينهما من ثلاثة، لمدّعي الكلّ الثّلثان، وعلى الثّاني: يختصّ مدّعي الكلّ بالنّصف، ثمّ يقسم الآخر بينهما. ا هـ ببعض اختصار، وقد أطال فيها ابن الحاجب والتّوضيح، (فعليك بهما إن شئت) وذاك حكم الإشارة لقسمة المدّعى فيه أي: قسمته حكمٌ ملتزمٌ في تساوي الخصمين، إمّا في إقامة البيّنتين كأن يقيم كلّ واحدٍ منهما بيّنةً مساويةً لبيّنة الآخر، وإمّا في النّكول عن اليمين إذا نكلا معًا، وإمّا في الحوز بحيث يكون تحت أيديهما معًا وإلى ذلك أشار بقوله: وذاك حكمٌ في التساوي ملتزم في بيّنات أو نكول أو يد فالمراد باليد الحوز فيقسم بينهما في الأوجه الثّلاثة بعد أيمانهما، فإن كان المتنازع فيه تحت يد واحد منهما فالقول قوله مع يمينه؛ لزيادته علىٰ صاحبه بالحيازة، وعلى ذلك نبّه بقوله: والقول قول ذي يدٍ منفرد وقد تقدّم هذا الفرع في القسم الثّاني من أقسام الشّهادة، وهي الّتي توجب الحقّ مع اليمين، في قوله: واليد مع مجرّد الدّعوى فإن أقام البيّنة على الملك غير الحائز بتعارض دليل الحيازة مع البيّنة بالملك فالبيّنة أعمل من دليل الحيازة، وعلى ذلك نبّه بقوله: وهو لمن أقام فيه البيّنه أي لا للحائز الّذي لا بيّنة له فإن تساويا في الحيازة وإقامة البيّنة فإنّه يقضى

القول أن ذلك يقسم بعد الطول فافهم، وهذا على ما في المدونة، وأما على مذهب غيرها فلا استيناء أصلاً كما تراه قريبًا. قوله: **(فعليك بهما إن شئت)** صاحب المختصر قال: وقسم على الدعوى إن لم يكن بيد أحدهما كالعول فمرّ على هذا كعول الفرائض مثال ما تظهر فيه الثمرة ادعى أحدهما في شيء جميعه والآخر نصفه فعلى العول، فالقسمة على ثلاثة: لمدعي الكل سهمان ولمدعي النصف سهم، وعلى التسليم والدعوى على أربعة: لمدعي الكل ثلاثة ولمدعي النصف واحد إلخ. وإلى هذا أشار هذا الشارح. وقول المختصر قسم إلخ فقوله على الدعوى أي لا على الرءوس وظاهره كان عفواً من الأرض أو غيرها وأنه لا يستأني به كيف ما كان، وهذا هو كلام المعونة وابن شاس وابن الحاجب وصاحبي الكافي والمفيد وابن الجلاب وصاحب الرسالة والتلقين مع تكلمهم على المسألة، وصاحب المنتخب اقتصر على كلام المدونة المفصل، وصاحب

بأعدل البيّنتين، وعلى ذلك نبّه بقوله: وحالة الأعدل فيها بيّنه فإن تكافأت البيّنتان في العدالة قضي بالشّيء لحائزه، وهذا يفهم من قوله: ولا يد إذ مفهومه أنّه مع اليد لا يقسم بينهما بل يكون لصاحب اليد أي: الحوز. فرعٌ: قال الشّارح: فإن اتّفق الخصمان على أنّ لكلّ واحد منهما حظًّا في ذلك الشّيء المتنازع فيه لكنّهما يجهلانه، فهل يكون مندرجًا تحت الفقه الّتي تضمّنته الأبيات؟ وسئل عن ذلك الأستاذ أبو سعيد بن لبٍّ فأجاب: أمّا القاعدة الّتي جهل فيها حقّ الحبس وقدره، وقدر حقّ الغير، فمحمل الاشتراك المعلوم مع جهل المقدار عند الفقهاء على التّسوية حتّى يظهر خلافه، قال فرج ا هـ: باختصاره.

باب اليمين وما يتعلق بها

ابن عرفة: واليمين قسمٌ، أو التزامٌ مندوبٌ غير مقصود به القرابة، أو ما يلزم بإنشاء لا يفتقر إلى قبول معلّق بأمرٍ مقصود عدمه ا هـ فقوله قسمٌ قال جلال الدّين الدّمامينيّ في شرح التّسهيل ما نصّه القسم مصدرٌ ليس بجارٍ على فعله، وقياسه الإقسام وهو في عرف النّحاة جملةٌ إنشائيّةٌ يؤكّد بها أخرى، لا على جهة التّبعيّة، وبالقيد الأخير خرجت الإنشائيّة الثّانية من نحو أكرم زيدًا أكرم زيدًا. ا هـ بيانه: أنّ قول القائل مثلاً: باللّه لأفعلنّ، فجملة باللّه الّتي تقديرها أقسم باللّه جملةٌ إنشائيّةٌ أكّدت بها الأخرى الّتي هي لأفعلنّ. وقوله: أو التزامٌ مندوبٌ غير مقصود به القربة لمّا دخل في قوله: التزامٌ مندوبٌ النّذر كلّه على صدقة دينار مثلاً أخرجه بقوله: غير مقصود به القربة؛ لأنّ المقصود بالنّذر القربة، وكذلك الصّدقة في المثال المذكور بخلاف اليمين وذلك كقولك: إن دخلت الدّار فعبدي حرٌّ، فإنّه لم يقصد القربة الّتي هي العتق، وإنّما قصد الامتناع من دخول الدّار. وغير بالرّفع صفة التزامٌ، وقوله: أو ما يجب بإنشاء قوله أو ما يجب عطفٌ على التزامٌ فتكون أقسام اليمين ثلاثةً، ويجوز عطفه على مندوبٌ مدخولٌ للالتزام، والإنشاء ما يقع به مدلوله فيشمل نحو: أنت

الشامل نقل كلام المدونة تبعًا للتوضيح، ولابدّ من اليمين هنا وإن لم يذكرها المصنف في مختصره. وقوله: إن لم يكن بيد أحدهما يشمل ما بأيديهما معًا أو لا يد عليه أو يد الغير ولم يقرّ به لأحدهما ولا ادعاه لنفسه وهو كذلك، وظاهره قامت لهما بينتان وتساقطتا لعدم ترجيح أحدهما أو لا بينة أصلاً وهو كذلك، وبيّنا هذا كله بكلام الناس في الشرح، وبه نستعين على قول الناظم: وذلك حكم في التساوي ملتزم إلخ. وعلى ما شرح به.

باب اليمين وما يتعلق بها

قوله: **(وهذا الحد إلخ)** هذا كلام حق. قوله في النظم: **(وقائمًا مستقبلاً يكون إلخ)** في المختصر وبالقيام لا بالاستقبال، وفي ابن يونس قيل لمالك: أيحلف قائمًا أو قاعدًا؟ قال: قائمًا أبين. وقال عن ابن القاسم: يحلف قائمًا لا من علة، ثم قال: يحلفون في مدائنهم جلوسًا لا

طالقٌ وثوبي صدقةٌ، فأخرج الصّدقة ونحوها بقوله لا يفتقر إلى قبول لأنّها تفتقر إلى القبول، ولفظ الإنشاء يشمل المندوب كـأنت حرٌّ، إلاّ أنّ هذا تقدّم وهو القسم الثّاني من أقسام اليمين، أو ما يجب بإنشاء يعني ممّا ليس بمندوب لئلا يتداخل مع القسم الثّاني من أقسام اليمين. وقوله: معلّق بأمرٍ مقصود عدمه معلّقٌ بالخفض صفةٌ لإنشاء وذلك كقوله: أنت طالقٌ إن دخلت الدّار، فقوله أنت طالقٌ الطّلاق يجب بالإنشاء ولا يفتقر إلى قبول، وهو معلّقٌ بأمرٍ وهو دخول الدّار، والمقصود عدم الدّخول لا الدّخول (وهذا الحدّ) هو لليمين من حيث هي، والمقصود في التّرجمة إنّما هي اليمين الشّرعيّة الّتي تجب على الخصم وهو أن يقول: باللّه الّذي لا إله إلاّ هو، كما يقول بعد: وباللّه يكون الحلف، والّذي يتعلّق باليمين أي من الأحكام كتغليظها بالمكان، والزّمان في اللّعان، وحالة الحلف من قيامٍ واستقبالٍ مثلاً، وتقسيم اليمين وما يقلب منها وما لا يقلب ونحو ذلك.

في ربع دينارٍ فأعلى تقتضى | في مسجد الجمع اليمين بالقضا
وما له بالٌ ففيه يخرج | إليه ليلاً غير من تبرّج
(وقائمًا مستقبلاً يكون) | من استحقّت عنده اليمين

يعني أنّ من وجبت له يمينٌ في ربع دينارٍ فأكثر، فإنّ له أن يقتضيها في المسجد الجامع الّذي تصلّى فيه الجمعة، ويقضى على الّذي توجّهت عليه بذلك أحبّ أم كره، اللّهمّ إلاّ إذا رضي صاحب الحقّ بأن يحلّفه في غير الجامع فله ذلك، ثمّ إن كان رجلاً فلا إشكال، وإن كانت امرأةً ممّن تخرج نهارًا فكالرّجل، (وإن كانت لا تخرج) إلاّ باللّيل خرجت ليلاً

قيامًا، ثم قال: وقال الأخوان يحلف الحالف قائمًا مستقبلاً رجل كان أو امرأة في أقل من ربع دينار. وفي المعونة فصل: يحلف قائمًا في كل الحقوق لأن ذلك أبلغ في الردع والزجر، فأما استقبال القبلة فقيل لا يحتاج إليه لأنه لما لم يغلظ بأن يحلف عندها لم يغلظ باستقبالها كسائر المواضع، وقيل يستقبل بالحلف القبلة لقوله ﷺ: «خير المجالس هو ما استقبل به القبلة» ولأن ذلك أردع إلخ. وفي اللخمي مذهب ابن القاسم فيها عدم الاستقبال والخلاف في المسألة طويل وهذا كله في ربع دينار فأكثر، وأما أقل فالراجح يحلف مستقبلاً أو جالسًا أو قائمًا وإن اختير هذا أي الاستقبال حتى في أقل من ربع دينار وابن ناجي على المدونة قال: المشهور عدم الاستقبال. وقال ابن الفاكهاني: المذهب هو القيام لكن في المقيد يحلف قائمًا مستقبلاً وبه الحكم، وقاله ابن سلمون وابن الناظم، ولذلك مرٍّ في التحفة على الاستقبال والمشهور خلافه، وعليه مرٍّ صاحب المختصر لكن ما به العمل يقدم على المشهور.

قوله: (وإن كانت لا تخرج إلخ) هذا فيه تفصيل طويل وكلام حفيل، انظر ذلك عند قول المختصر: وخرجت المخدرة إلخ، ومذهب الأندلسيين أن بنت الملك كغيرها من النساء وفي ذلك

وحلفت في الجامع فيما له بالٌ من المال، وفسّره اللّخميّ بالدّينار فأكثر، وإلى هذا أشار بالبيتين الأولين. (وظاهر قوله: وما له بالٌ أنّ المرأة لا تخرج في ربع دينار) بل في أكثر كما تقدّم عن، اللّخميّ وفي التّوضيح: ظاهر كلام ابن الحاجب أنّها تخرج لربع دينارٍ فصاعدًا المازريّ: وهو المشهور، ثمّ ذكر في البيت الثّالث كيفيّة الحلف عند اقتضاء اليمين منه فذكر أنّه يكون قائمًا لا جالسًا مستقبلاً للقبلة لا غير مستقبلها (وهذا أيضًا في اليمين الّتي في ربع دينارٍ فأكثر). قال الشّارح: فالألف واللام في اليمين للعهد، والمعهود اليمين المتقدّم قريبًا، قال الشّارح: وإذا كانت اليمين على هذه الصّفة في الحقوق الماليّة، إذا بلغت

خلاف قوي، ونصوا أنها إذا خرجت إنما تخرج لأقرب المساجد إليها وذلك ظاهر إن كان جامعًا، وحاصل ما ذكره عياض أنها إذا كانت لا تخرج ليلاً ولا نهارًا فإنها تخرج وقيل لا تخرج، وهو الذي قاله غير واحد واستظهر، وهو الذي يظهر ترجيحه من كلام من ذكرناه في شرحنا، وهذا كبنت الملك التي لا تخرج أصلاً وهذا فيما طلبت به، وأما فيما تطلبه فتخرج. وقال أبو الحسن على قولها: ويبعث القاضي إليها أي المرأة من يحلفها، انظر هل أجرة المحلف عليها أو على من يحلفها أي من تحلف له؟ ونقله الباجي ولم يختر شيئًا من ذلك، وذكر أن المشهور كفاية واحد في التحليف. وفي ابن فرحون ما نصّه: تنبيه: قال ابن رشد: حكي في الطرر أن كل امرأة تخرج إلى الحمام وغيره بالنهار تحلف بالنهار وإن خرجت مستترة، قال: وعندي في خروج المرأة بالنهار إلى الجامع كشف لها ولحالها وأن كانت تخرج بالنهار لأنها إذا خرجت للحلف عرفت أنها فلانة بخلاف ما إذا خرجت لغير ذلك، وقد أخبرني بعض الفقهاء أنها وقعت بتونس وأنه وجد نص بذلك إلخ وهذا منه لفظه. قوله: **(وظاهر قوله: وما له بال أن المرأة لا تخرج في ربع دينار)** هذا قول، والمشهور أن المعتبر هو ربع دينار، وفسّر أبو الحسن ما له بال بربع دينار في بعض كلام المدونة، وكلام المدونة في محل آخر صريح، أو كالصريح أو ما له بال هو ربع دينار ولفظها حتى في ابن الناظم. وقال أبو الحسن ناقلاً عن غيره فسّر أبو محمد ما له بال بربع دينار، وقال غيره: ما له بال المال الكثير، ورأى أن النساء خلاف الرجال فقد تخرج المرأة للجامع في ربع دينار، وفسّر اللخمي المال الكثير بدينار فأكثر. وفي ابن فرحون ما نصّه: واختلف في القدر الذي تخرج المرأة إلى الجامع فيه فقيل كالرجل وقيل إلاّ في الكثير. ابن محرز: وهذا أشبه بظاهر الكتاب لمشقة خروج النساء للحلف هذا لفظه. وقوله: **(وهذا أيضًا في اليمين التي في ربع دينار فأكثر إلخ)** هو صحيح، وأما فيما دون ربع دينار فلا قيام ولا استقبال كما لا يحلف في الجامع، لكن قال أبو الحسن: يحلف فيما له بال في الجامع نصّه مفهوم قوله فيما له بال أنه يحلف في غيره أي في أي مسجد من مساجد بلده وهو نص الجلاب. وقال الإخوان: يحلف في مكانه الذي قضي عليه فيه، حكاه ابن يونس، قلت: وبه العمل انتهى بلفظه. وما ذكره الجلاب كنا نحكم به إذا ادعاه من له اليمين وكانت الدعوى قريبة لأن العامة إذا لم يكن مسجد تقدم على اليمين كثيرًا فافهم كلام الجلاب. قال ابن ناجي: تمّمه بعض المشايخ بقوله: فإن لم يكن عندهم مسجد حلف كما قال غيره: ولا يكلف بالانتقال إلى الجامع إلخ. وفي مكان آخر عنده يحلف جالسًا في مكانه،

النّصاب فأحرى أن تكون كذلك في الحقوق البدنيّة لحلّ العصم وما أشبه ذلك، قال ابن القاسم: سمعت مالكًا يقول: يحلف في المسجد الجامع إذا كان ذلك يبلغ ربع دينار فصاعدًا، وأمّا الشّيء التّافه فإنّه يحلف في مقامه وحيث قضي عليه باليمين، قال مالكٌ: ويحلفون قيامًا ومن المدوّنة: وكلّ شيء له بالٌ فإنّما يحلف فيه في جامع بلده في أعظم مواضعه، وليس عليه أن يستقبل القبلة، ولا يعرف مالكٌ اليمين عند المنبر إلاّ منبر النّبيّ ﷺ في ربع دينار فأكثر ا هـ (٣٢). من الشّارح. زاد الموّاق ما نصّه قال ابن وضّاح لسحنون: إنّ ابن عاصم كان يحلّف النّاس بالطّلاق فمن أين أخذ هذا؟ قال: من قول عمر ابن عبد العزيز تحدث للنّاس أقضيةٌ إلخ قال ابن أبي زيد: وكان سحنونٌ لا يقبل الوكيل من المطلوب إلاّ إذا كان مريضًا، أو امرأةً ويقبله من الطّالب فقيل له: أليس مالكٌ كان يقبله منهما؟ فقال: قد قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للنّاس أقضيةٌ إلخ ا هـ وعلى عدم وجوب الاستقبال كما في المدوّنة. ذهب الشّيخ خليلٌ، والنّاظم ذهب على القول بالاستقبال لجريان العمل به، وهو قول مطرّف وابن الماجشون وانظر ما تقدّم من التّحليف بالطّلاق، استنادًا لقول عمر ين عبد العزيز تحدث للنّاس أقضيةٌ إلخ فإنّ الّذي يظهر أنّ المراد الأقضية المباحة الّتي يتحيّل بها على دفع الظّالم عن المظلوم، وسدّ أوجه الحيل الّتي يستعمل الألدّ الخصم، مع كون ذلك على وجه جائز شرعًا لا على الوجه الّذي لا يجوز شرعًا، فإنّ الحلف بالطّلاق ممنوعٌ أو مكروهٌ لما ورد أنّ الطّلاق، والعتاق من أيمان الفسّاق، والعقوبة على المعصية بالمعصية تكثيرٌ لها، وذلك لا يجوز فانظر ذلك، ولعلّه ذهب على الكراهة لمسيس الحاجة إلى ذلك ارتكابًا لأخفّ الضّررين والله أعلم. وأمّا منع المطلوب من التّوكيل فهو قول سحنون، كما يصرّح به النّاظم في الوكالة، وجاز للمطلوب أن يوكّلا. . . إلخ قال الشّارح: وقوله في المدوّنة يحلف في الجامع في أعظم مواضعه هو ممّا يجب أن يلاحظ في

وتقدم أن بعضهم اختار الاستقبال فيما دون ربع دينار وإن كان ظاهر المذهب خلافه، ويأتي قول الناظم: وما يقل حيث كان يحلف فيه إلخ. قوله: **(قال ابن وضاح إلخ)** في نوازل الأقضية من المعيار ما نصّه: قال ابن وضاح قلت لسحنون: ابن عاصم كان عندنا يحلف الناس بالطلاق يغلظ عليهم بذلك فقال لي: من أين أخذه؟ قلت: من الحديث تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، فقال لي: مثل ابن عاصم كان يتأول مثل هذا اهـ. قال بعض الشيوخ: قوله مثل ابن عاصم كان يتأول مثل هذا هو كلام موجه يحتمل المدح والذمّ إلخ. وقال ابن ناجي في مسألة ابن وضاح أثناء نقله نصّه فعرضته على سحنون فلم يرتضه أي لم يرتضى قول ابن عاصم، ومثل قول الناظم لما به عمل في فاس وحلف ابن سودة الشهود، من اللفيف لفجور زيد إلخ، فإن ظاهره يشمل الحلف بالطلاق. قال كاتبه عفا الله تعالى عنه: التحليف بالطلاق لا يحل ولا يجوز أصلاً، ومن مارج القضاء وله عقل سالم علم ولم يرتب في حرمة ذلك، وذلك أن العامة إذا أتوا إلى القاضي يشهدون لفلان بكذا فقالوا: فلان فعل لفلان كذا مثلاً، فإذا قال القاضي لأحدهم:

---

(٣٢) وقد ذكره أيضًا في الموطأ مختصرًا (مسألة (١)) بعد الحديث رقم (١٤٧٥).

الوقت لكون الواقع لأكثر موثّقي الزّمان أنّهم يحلّفون حيث تأتّى لهم (ولا أعلم مستندًا) لهم في ذلك والغالب على الظّنّ أنّه جهلٌ بالفقه. وفي التّهذيب: وتخرج المرأة فيما له بالٌ من الحقوق فتحلف في المسجد فإن كانت ممّن لا تخرج نهارًا فلتخرج ليلاً وتحلف في اليسير في بيتها إن لم تكن تخرج ويبعث القاضي إليها من يحلّفها لصاحب الحقّ ويجزئ رجلٌ واحدٌ وأمّ الولد مثل الحرّة فيمن تخرج أو لا تخرج وتقدّم أنّ من وجّهه القاضي للتّحليف فلا إعذار فيه ويجزئ الواحد.

فرعٌ: من كلّف فيما له بالٌ أن يحلف في المسجد الأعظم عند المنبر وما أشبهه من المواضع فقال: أحلف في مكاني فهو كنكوله عن اليمين إن لم يحلف في مقطع الحقوق، غرّم ما ادّعي عليه، قال ابن يونس: يريد بعد يمين المدّعي في ذلك الموضع قال مالكٌ: من أبى أن يحلف عند المنبر فهو كالنّاكل عن اليمين قال الشّارح: يريد مالكٌ عند منبر النّبيّ ﷺ.

فرعٌ: أفتى الشّيخ أبو الحسن الصّغير في قومٍ لا جامع لهم أنّهم يحلفون حيث هم، ولا يجلبون إلى الجامع، (وأجاب التّازغدريّ) أنّهم يجلبون إلى المسجد الجامع على مقدار مسافة الجمعة صحّ من آخر السّفر الخامس من المعيار..

(وهي وإن تعدّدت) في الأعرف على وفاق نيّة المستحلف

يعني أنّ اليمين الواجبة بالشّرع هي الّتي يحكم بها على من توجّهت عليه؛ لأنّ سياق الكلام في ذلك وإن تعدّدت أي تنوّعت إلى: يمين تهمةٍ، ويمين قضاءٍ، ويمين منكرٍ، ويمين

احلف بالحرام مثلاً أو بالطلاق مثلاً أن شهادتك صحيحة فإنه يصعب عليه غاية ظهور كذبه بعدم حلفه، ولا سيما إن كان عنده نفسه أنه كبير شأنه فيقتحم الحلف بالطلاق، وربما يكون هذا الطلاق هو آخر الثلاث ويصعب عليه مفارقة زوجته فيبقى معها على حرام وذلك هو الداهية العظمى، ولا سيما إن حضر الناس مجلس القاضي فإنه يصعب ظهور الكذب على من يحلف، فافهم هذا فقد جربنا هذا مرارًا متعددة حتى ظهر ما أشرنا من مازج العامة وجد كثيرًا منهم يحلفون بالطلاق أثناء إخبار بعضهم بعضًا تصديقًا لكلامهم وحكاياتهم، فكيف هذا المحل الموصوف بما ذكرناه؟ قوله: **(ولا أعلم مستندًا إلخ)** قال كاتبه: لعله رعاية للخلاف الذي يقول صاحبه: لا مزية لبعض المساجد على بعض، ففي طرر أبي إبراهيم عند قول التهذيب: ولا يعرف مالك الحلف عند المنبر ما نصّه: إشارة إلى أن الجامع كله سواء وهي رواية في المذهب هذا لفظه.

قوله: **(وأجاب التازغدري إلخ)** هذا هو الحق، لا سيما إن كثر المال وقربت الدعوى كثيرًا، وكيف يدعي على بدوي مائة دينار ويحلف بمحله ولا يجلب إلى الجامع مع قربه؟ هذا لا تساعده القواعد ولا نقول به ولا نقرّ من قال بغيره، بل يجلب على أكثر من مسافة الجمعة فيما يظهر، وأما على مسافة الجمعة فالجلب لا نشك في وجوبه أصلاً، وإن كان في كلام غير أبي الحسن ممن

كمال النّصاب فإنّها كلّهـا على نيّة المستحلف أي: الطّالب للحلف، وهو المحلوف له، فمن طلب دينه من غريمه فحلف الغريم أنّه لا شيء عنده، ونوى حـاضرًا مثلاً فإنّه يحنث، ولا تنفعه نيـّته. قال الشّارح: وعبّـر الشّيخ بالأعرف على قول أكثـر أهل المذهب. وأمّا اليمين الّتي في غيـر وثيقـة حقٍّ فإن كانت باللّه فـهي على نيّة الحـالف، وإن كانت بغـير اللّه من طلاق، أو عتاق فهي على ثلاثة أقوال: قـيل على نيّة الحالف، وقيل على نيّة المحلوف له، ثالثها إن تبرّع بهًا فعلى نيّته، وإن طلبّت منه فعلى نيّة المحلوف له، هذا حاصل ما عند ابن الحاجب. قـال الشّارح ما حـاصله: إنّ إطلاق النّاظم في كون اليـمين على نيّة المسـتحلف صحيحٌ؛ لأنّ كلامه في اليمين الّتي تجـري بين يدي الحكّام، وكلّها على وثيقة حقٍّ وما كان كذلك فهو على نيّة المستحلف واللّه أعلم..

ومـــا يقـلّ حـيث كـــان يـحلف فـــيــــه (وباللّـه يكون الحـلف)

قبله يشهد لكلام أبي الحسن، ولكن ذلك تضيع فيه أموال، فإن الناس لا يهابون اليـمين إلاّ فيما يعظم من المواضع والمدار في الأيمان على مـا يعظمه الحالـف، ولا يقال من على مسـافة الجمـعة يحتج بأنه لا يلزمـه أن يسير هذه المسـافة لأنه يرد عليه أن من هو بطرف المصـر وبينه وبين الجامع مثل هذا أنه لا يحلف فيه وليس كـذلك مع أن كليهما تجب عليه الجمعة والمال الكثيـر كالقسامة، وقد قال ولد الناظم على قول والده في هذا الباب:

ومـــا كـــمـــثـل الدم واللعـــان فـــيـــه تحـــري الوقت والمكان

إن المال الكثير كهـاتين المسألتين أي الدم واللعـان إلخ. وهو في ابن عرفـة وغيـره، وعليه فيـحلف في المال الكثير كمـا يحلف في الدم إلخ. وشارحا التـحفة ذكرا مـا رأيته في الجلب في الأموال وأطلقا، ولذا كان يجلب في القـسامة مثلاً من مسيرة عـشرة أيام أو أقام على الخلاف في ذلك، فيحلف في المال الكثيـر من مسافة الجمعة انحطاطًا لرتبة الأمـوال عن رتبة الدماء، والدماء والأموال تجب بعدلين فقد استويا في هذا.

وقول الناظم: **(وهي وإن تعددت إلخ)** تقدم هذا في قول المختصـر: أو استحلف مطلقًا في وثيقة حق. وحاصل ما لخصنا من كلامهم الذي يظهر رجحانه إن كانت على وثيقة حق فهي على نية المستـحلف بكسر اللام كانت بالله أو بغيـر ذلك كالطلاق ونحوه، وعلى غير وثيـقة حق فهي على نية الحـالف في اليمين بالله وغـيرها، وقيل في اليـمين بالله تعالى فـقط، وهذا الشارح نظم المسألة في تكملة المنهج وشرحها، غير أن كلامه في شرح التحفة ربما يقتضي أن الحلف بالعتق إذا وقع في وثيقـة الحق أنها على نيـة الحالف، وليس ذلك هو الراجح بل الراجح علـى نية المحلوف له، وإنما قلنا كلامه في شرح التحفة يقتضي ما ذكر لقوله تبعًا لابن الناظم، لأن كلامه أي الناظم في اليمين التي تجري بين أيدي الحكام إلخ، ولا يجري بين أيدي الحكام إلاّ اليمين بالله تعالى.

وقول الناظم: **(وبالله يكون الحلف)** حاصل ما ذكرناه في شرحنا ولخصناه أن اليمين هو قول

يعني: أنّ الحقّ تتوجّه بسببه اليمين إذا كان أقلّ من ربع دينار، فإنّ من توجّهت عليه يحلف حيث كان في مسجد، أو سوق أو غير ذلك يعني: وكيف كان أيضًا قائمًا أو جالسًا مستقبلاً أو غير مستقبلٍ. (قال ابن يونس): قال مطرّف وابن الماجشون: يستحلف الرّجال والنّساء قائمين مستقبلي القبلة، في ربع دينارٍ فأكثر في المدينة عند منبره ﷺ، وبغيرها في مسجدهم الأعظم حيث يعظّمون منه عند منبرهم، وتلقاء قبلتهم، فإن لم يبلغ الحقّ ربع دينارٍ حلفوا جلوسًا إن أحبّوا، أو يحلف الرّجل في أقلّ من ربع دينارٍ في مكانه الّذي قضي عليه فيه، والمرأة في بيتها ولا تخرج في ذلك. ا هـ والشّاهد قوله: فإن لم يبلغ الحقّ ربع دينارٍ إلخ وإليه أشار بقوله: وما يقلّ حيث كان يحلف فيه وأمّا قوله: وبالله يكون الحلف فهو بيانٌ لكيفيّة اليمين، كان الحقّ ربع دينارٍ أو أقلّ، وفي تقديم اسم الجلالة في البيت إشارةٌ إلى الحصر، وإنّ اليمين تكون بهذا اللّفظ الّذي هو اسم الجلالة لا بغيره ممّا تنعقد به اليمين في غير الحقوق الشّرعيّة: (كالقرآن، والمصحف) وأحرى ممّا لا تنعقد به كالنّبيّ،

الحالف بالله الذي لا إله إلاّ هو، أو والله الذي لا إله إلاّ هو، والمشهور عدم الزيادة على هذا، كانت اليمين في دم أو لعان أو غيرهما كما صرّح به العبدوسي على المدونة وكذا غيره بل نص عليه الباجي، ولا فرق بين كافر ومسلم، ولا يكفي بالله فقط، أو والله فقط، أو قوله: والذي لا إله إلاّ هو على الراجح لعدم ذكر اسم الجلالة صراحة، ولو كان الحالف كافرًا، وإنما يحلف الحالف يقول المختصر بالله الذي لا إله إلاّ هو، ومثل الباء الواو إذ كلاً منهما للقسم، ولذلك الحطاب استظهر أن تاء القسم كذلك، ولا يكفي بالرحمن الذي لا إله إلاّ هو، ولا الحلف بالطلاق أو العتاق، وما ذكره ابن سهل فإنما هو من باب إسقاط الإنسان حقه إن كان عالمًا بالواجب فلا إشكال، وإلاّ فهو مفرط في السؤال، والمجوسي كغيره في هذا، والإغياء الذي في المختصر في الكتابي بيّنا وجهه في الشرح، ومن ذكر في اللعان غير هذا فإنه لم يصب، واغتر بكلام المختصر في فصل اللعان لأنه لم يفهمه فافهم هذا ولا بدّ ولا بدّ فإننا أتعبنا نفوسنا في هذا غاية.

قوله: **(كالقرآن والمصحف)** قال ابن فرحون في هذا ما نصّه: وأما التغليظ بالتحليف على المصحف فقال ابن العربي: هو بدعة لم يرو عن أحد من الصحابة وقد أجازه الشافعية إلخ. وقال ابن عرفة ما نصّه: ولو زعم من وجب حلفه عجزه عن الخروج لمحل الحلف لمرضه ففي نوازل الشعبي أربعة أقوال: ابن بقي: إن أثبت ذلك ببينة حلف ببيته وإلاّ أخرج. ابن حارث: وإلا حلف لا يقدر على الخروج لا راكبًا ولا راجلاً وخير المدعي في حلفه ببيته وتأخيره لصحته فإن نكل لزمه الخروج أو ردّ اليمين. ابن لبابة: إن ثبت مرضه حلف ببيته بالمصحف وإلاّ حلف على عجزه وخير المدعي في الأمرين إلخ وهذا منه بلفظه وهو في المتيطي قبيل حريم الآبار والمقصود منه ذكر ابن لبابة التحليف على المصحف في الجملة، وقال فيما قاله ابن لبابة في المعيار عن بعضهم ما نصّه: هو عندي حسن، وقد ذكر ابن ناجي على قول التهذيب في الجامع الأعظم ما

والكعبة، وسواءٌ كان الحالف مسلمًا أو كتابيًا أو غير كتابيٍّ ابن الحاجب واليمين في الحقوق كلّها باللّه الّذي لا إله إلاّ هو فقط على المشهور، وروى ابن كنانة يزاد في ربع دينار، وفي القسامة، واللّعان عالم الغيب والشّهادة الرّحمن الرّحيم. التّوضيح: ظاهره أنّه لا بدّ من الاسم المعظّم ووصفه بالّذي لا إله إلاّ هو. المازريّ: والمعروف من المذهب المنصوص عند جميع المالكيّة أنّه لا يكتفي باللّه فقط، وكذلك نصّ عليه أشهب، وكذلك لو قال: والّذي لا إله إلاّ هو ما أجزأه حتّى يجمع بينهما، وقال اللّخميّ: الّذي يقتضيه قول مالك الإجزاء إذا اقتصر على أحدهما، واختاره واستدلّ له بلزوم الكفّارة في أحدهما بغير خلاف. ا هـ. واقتصار النّاظم على اسم الجلالة كأنّه على قول اللّخميّ - واللّه أعلم - أنّ اللّخميَّ بحث معه ابن عرفة، قال: أثر تعليل اللّخميّ إجزاؤها بأنّها يمينٌ تكفّر، ما نصّه قلت لا يلزم من أنّها يمينٌ تكفّر أن تجزئ في الحقوق لاختصاص يمين الخصومة بالتّغليظ. ا هـ. قال الشّارح: وما قاله ابن عرفة واضحٌ لا إشكال فيه فتأمّله. ا هـ.

(فرعٌ: من اشترى شيئًا) ووهبه فأنكر البائع البيع، فشهد للمشتري بالشّراء شاهدٌ واحدٌ، فاليمين الّتي مع الشّاهد على الموهوب له لا على المشتري؛ لأنّ من حجّته أن يقول: لا أحلف وينتفع غيري، قاله أبو الحسن الصّغير في بعض فتاويه. ا هـ.

وبعضهم يزيد في اليهودي منزّل التوراة للتشديد

كما يزيد فيه للتّثقيل على النصارى منزل الإنجيل

نصّه: يريد ما لم تكن بلدة يعظم أهلها مسجداً من مساجدهم غير جامعهم فإنهم يحلفون به، وبه حكمت ببلد بلنسية لما وجدت ذلك بها، وكذلك الحكم به ببلد قفصة لما كان ذلك بها إلخ. وهذا منه بلفظه: واحتجنا لهذا حين ولينا القضاء بالمدينة البيضاء فاس الجديدة وقد وجدنا جلّ أهلها يعظمون جامع الحجر، وكنت إذا رأيت الدعوى قريبة وطلب رب الحق التحليف بهذا المسجد مكنته من التحليف به بعد أن أعلمه أن الجامع الأعظم هو الذي تجب اليمين به، وإنما سقنا هذا تقوية للتحليف على المصحف لمن طلبه، إذ بمثل كلام ابن ناجي تعرف أن المدار في الأيمان هو المحل الذي يرهب به الحالف، فالمرأة التي لا تخرج للجامع تحلف على المصحف وكذلك المريض فأي ضرر عليهما في هذا، والمصحف يهابه المسلمون والحمد لله، وتعظيمه واجب من جهة كونه مشتملاً على كلامه تعالى وهو الحق المبين، وأما حلف الكافر ببيت النار والكنائس والبيع التي هي باطل محض إلاّ لأجل أنه يرهب ذلك ويأتي بعد هذا في إرهاب الحلف على أضرحة الصالحين وتحليف اليهود بالسفر، بل في البرزلي قبيل مسائل الضرر أثناء كلامه عن بعضهم ما نصّه: وسمعت ابن لبابة يفتي أن العلية أي من النساء تحلف في بيتها في المصحف هذا لفظه.

قوله: **(فرع: منه اشترى شيئًا إلخ)** قف على الحالف في الهبة من جهات على شرحنا عند قول المتن في كتاب الهبات: أوجد فيه أو في تزكية شاهده إلخ.

وجــملة الـكفّــار يحلفــونا أيمانـهم حــــيث يـعظّـمــــون

يعني: أنّ بعض أهل المذهب زاد في يمين اليـهود بعد قـوله: باللّه الّذي لا إله إلاّ هو منزّل التّـوراة على مـوسى، وفي يمين النّصـارى يزيد على قـوله: باللّه الّذي لا إله إلاّ هو منزّل الإنجيل على عـيسى لقصـد التّشديد عـليهم والتّخـويف، وهو مراده بالتّثـقيل (وهذا خلاف المشهـور)، والمشهور أن لا يزيد ذلك، وإنّما يقـول: باللّه الّذي لا إله إلاّ هو فقط، ويكون حلفهم حيث يعظّمـون من كنائسهم، ومواضع تعظيمهم. قال اللّخـميّ في تبصرته قال ابن شعبان: روى الواقديّ عـن مالك أنّه قال: يحلف اليهوديّ باللّه الّذي لا إله إلاّ هو منزّل التّوراة عـلى موسى، والنّصارى باللّـه الّذي لا إله إلاّ هو منزّل الإنجيل على عـيسى، قال: ومن الكفّـار من لا يحلف بما يحلف به المسلم؛ لأنّه ينكر مـا يقرّ به أهل التّوحـيد، ويحتجّ بأن ليس عليه الخروج من دينه ليمين وجبت عليه، فيحتاط عليه حتّى يقول ما ليس يخرجـه عن الشّهادة بالحقّ، ولا يحلف بـكفره، وقال محـمّدٌ في مجـوسيّة أسلم زوجـها فـلاعنت فـقـالت: أقول والنّـار ولا أحلف باللّه، فـقـال: لا تحلف إلاّ باللّه. وأرى يمين اليهوديّ والنّصـرانيّ على ما روى الواقديّ حسنًا؛ لأنّه إذا حلف بذلـك حلف بحقٍّ، وفيه تغليـظٌ، وزاد في يمين اليـهــوديّ باللّه الّـذي لا إله إلاّ هو؛ لأنّهم يوحّـــدون، وفي يمين المجوسيّ باللّه إن أطاع حسنٌ من باب اليمـين بالحقّ، وذلك يؤدّي إلى استخراج الحقّ منه، ويرهب باليمين بغير ذلك ممّا يعظّمه من دينه، وذلك يؤدّي إلى استخراج ما طلب منه، ولا فرق بين أن يرهب عليه بالموضع فيـحلف في بيت ناره، ويحلف الآخرون في كنائسهم ولا بين اليمين بما يعظّـمون. ا هـ. واستشكـل الشّارح هذا القول، المدوّنة لا يحلف اليـهوديّ والنّصرانيّ في حقٍّ أو لعان أو غيـره إلاّ باللّه، ولا يزاد عليه الّذي أنزل التّوراة، أو الإنجيل ابن مـحـرز: وظاهرها أنّهـم لا يحلفـون باللّه الّذي لا إله إلاّ هو ابـن شـبلون؛ لأنّهم لا يوحّـدون ولا يكلّفـون ما لـيس من دينهم، وليس كـذلك بل يحلفـون اليـمينَ على هذه الصّورة، ولا يكون ذلك منهم إيمانًا، ونصّ علـيه متقدّمـو علمائنا، ويدلّ عليه استـحلاف المجوس باللّه وهم ينفـون الصّانع. عيـاضٌ فرّق غير ابن شـبلون بين اليهود فـألزمهم ذلك لقـولهم بالتّوحـيد، وبين غـيرهم المدوّنة: يحلف اليـهود والنّصـارى في كنائسهم وحـيث يعظّمون، ويحلف المجـوس في بيت نارهم وحيث يعظّمون. ا هـ (قال الشّـارح: وقد كان القاضي) أبو عبد اللّه بن مـالك الآبديّ - حفظه اللّه - أيّام استخلافه على قضـاء الجماعة بالحضرة (يغلّـظ على من فهم منه اللّدد) من اليهود، ويطلب منه غـريمه ذلك بالتّوراة الّتي

قوله: **(وهذا خلاف المشهور إلخ)** صحيح.

قوله: **(قال الشارح: وقد كان القاضي إلخ)** هذا كلام ظاهر في نفسه. وقوله: **(يغلظ على من فهم منه اللدد)** حسن غاية لأننا وجدنا اليهود يهابون هذا السفر غاية ويهربون من الحلف عنده

تسمّيها اليهود بالجلجلة فيأمر بذلك، وكثيرٌ ما كانوا ينكلون عن اليمين بها ويستخرج الحقّ من الباطل عند ذلك بعد ما كان ظاهر العزم على اليمين دونها، ولعلّه أخذه من رأي اللّخميّ الإرهاب عليهم بما يعظّمون بالقياس على بيت نار المجوسيّ. .

وما كمثل الدّم واللّعان فيه تحرّي الوقت والمكان

يعني أنّ ما كان من الأيمان في الأمور العظام كمثل: الدّماء، واللّعان، والمال العظيم

جهد قواهم، حتى أن الكنيسة عندهم الآن في حدود عشرين بعد مائة وألف لا عبرة بها ولا يخافونها أصلاً بحسب ما استقرّ لنا وشاهدنا حين ولايتنا القضاء بالمدينة البيضاء فاس الجديدة أدامها الله تعالى للإسلام، وأخبرنا بذلك مع هذا كثير ممّن يوثق بكلامهم وتأملهم فحصل لنا اليقين بما ذكرناه، ولكن يجب أن يتنبه لأمر قد أغفله القضاة لما سمعوا أن الخصم يحلف فيما يخافه وذلك أردع له عن اليمين، وتقع الغفلة عن أمر آخر وهو صعوبة اليمين على الناس فيما يخافونه حتى اشترطوا الخلطة في أصل اليمين فتردع من لا يخشى الله تعالى ولم يراقبه وكثر منه الدعاوى، وقد سمع أن العمل جرى بتحليف اليهود مثلاً في السفر، وأن الخلطة لا تشترط في توجه اليمين على ما به العمل أيضًا، فعاد يجليء المدعى عليه لليمين في المحل المشار إليه بمجرد دعواه سلفتك مثلاً فتضرر اليهود من ذلك فيأتي من لا مال عنده من المسلمين ولا يظن به أنه يسلف اليهودي المدعى عليه، والملعون يعتقد أن له في نفسه وجاهة عند الناس وأن تحليفه يمزق عرضه وإن كان ممزقًا عند الله وعباده، فيفر الكلب من اليمين حيث ذكر غاية وتسقط عليه السماء فلا يمكنه إلاّ الصلح ويرضى المسلم بما يبذله له وإن قلّ ذلك يشعر بأن دعواه باطلة إلخ، فالواجب في ذلك التحيّل مع المجاراة على كلام الفقهاء في توصيل كل ذي حق لحقه، وإبقاء من له حق بيده هو أن يجتهد القاضي وينظر لقرائن الأحوال، فإن ظهر منها قوة الدعوى على الذميّ، ولا مبعد لها أصلاً مكّن المسلم من التحليف على السفر إن طلبه، وإن كان يتبين للقاضي بعد الدعوى فليحلف له اليهود بالكنيسة، ويحتج القاضي على المسلم بكلام الفقهاء المتقدمين إن التحليف في الكنيسة، ولا عبرة بالسفر وإن ذكره من ذكره هنا يحتاج القاضي إلى لبّه وأسفاره والهرب إلى أسفاره بمثل هذا وأمثاله كثرة عظم أمر القضاء وصعب على من يخشى الله تعالى، فإن الذميّ وإن كان لعينًا طريدًا فحقه لا يضيع شرعًا مع القدرة على تمكينه منه، وإذا كان الناس قالوا هذا في السفر الذي هو باطل فليسلك بالمسلمين هذا المسلك الذي في السفر في أضرحة الصالحين نفعنا الله ببركاتهم، بل ذلك أحرى من مسألة السفر، فإن الصالحين عظمهم الله سبحانه، فإن طلب صاحب حق التحليف في قبر صالح فإنه يمكن من ذلك على الوجه المذكور لا مطلقًا والله المعين، وإذا كان يغلظ بالحلف عند النار والسفر فكيف بالمصحف وأضرحة أولياء الله تعالى، فإن المسلمين يهابون ذلك غاية والحمد لله، والمصحف أحرى من هذا كله لأن اليمين تنعقد به وتجب الكفارة على الحلف به إن حنث، وقدمنا كلامًا في المصحف والمشاور قال: يحلف اليهودي في الكنيسة حتى في أقل من ربع دينار كما في ابن ناجي على المدونة إلخ، وهذا القول حسن غاية في هذه الأزمنة لما ذكرناه من عدم اعتبارهم الكنيسة في الأيمان.

فإنّه تغلّظ فيه اليمين بالزّمان والمكان معًا، فيزاد في التّغليظ في هذه الأمور على ما بلغ ربع دينار اعتبار الزّمان أيضًا، (قـال ابن عرفة عن الباجي): وقد يغلّظ بالزّمان، روى ابن كنانة في كتاب ابن سحنون: يتحرّى في أيمانهم في المال العظيـم، والدّماء، واللّعان وقتًا يحضره النّاس في المساجـد، ويجتمعـون للصّلاة وما سـوى ذلك من مال وحقّ في كلّ حين. ا هـ والمقصود في البيت التّغليظ بالزّمان، وأمّا بالمكان فليس إلاّ الجامع وقد تقدّم والله أعلم.

وهي يمين تـهـمـةٍ أو القـضـا ... أو منكرٍ أو مع شـاهـدٍ رضـا

يعني أنّ الأيمان على أربعة أقسـام: الأوّل: يمين التّهمة وهي اللازمة في الدّعـوى غير المحقّقة، وفي توجّـهها خلافٌ يأتي. الثّاني: يمين القضـاء استحسنها الفقهـاء احتياطًا على حفظ مـال من لا يمكنه الدّفع عن نفسه، إمّا في الحـال كالغـائب والصّغـير، أو في المآل كالميّت، فهـي لردّ دعوى مقدّرة لا حاصلة أي: فـي مقابلة فرض دعوى الغـريم البراءة من الحقّ، وكذلك يمين الاسـتحقاق الواجـبة في غير الأصول، فـإنّها في مقابـلة فرض دعوى صيرورة المسـتحقّ للمستـحقّ منه هبةً، أو ما في معناها مـن المستحقّ للمستـحقّ منه، قال الشّارح: أوّل فصل أنواع الشّهادة. الثّالث: يمين المنكر الّتي في مـقابلة دعوى المدّعي محقّقًا لدعواه. الرّابع: يمين القائم بشهادة عدلٍ واحد في حقٍّ ماليٍّ قال الشّارح: وفائدة تعداد هذه الأيمان أن يميّز بعضها من بعضٍ لما يلحقها من الأحكام مثل: كونها تقلب أو لا، أو تجب أو سوى ذلك من العـوارض اللاحقة لها حـسبما يتّـضح - إن شاء الله -. والأصل في يمين التّهمة، ويمين القضاء عندهم الاستحسان حسبما يأتي لابن رشد ولغيره فيهما، ومن أصول الفتيا لابن حارثٍ: كلّ من قـضي له على غائبٍ، أو ميّتٍ أو طفلٍ يحلف لم يقتض، ولم

قوله: **(قال ابن عرفة عن الباجي إلخ)** حاصل هذا أن الدم واللعان والمال الكثـير يغلظ فيه بالزمان والمكـان، أما المكان فظاهر وهو الجامع، وأمـا الزمان فـهذا رواه ابن كنانة فيـه ونقله عنه الباجي مع أن الباجي ترك ابن الناظم منه قول ابن حـبيب أن هذا التغليظ إنما هو في الدم واللعان لا في المال الكثـير فجـعله مبـاينًا للدم واللعـان، ولكن انظره هل هو الراجح أم لا؟ والظاهر أن الراجح خلافـه. قال في المعونة ما نصّـه: فصل: وأما التغليظ بالزمـان فمستـحب في الدماء وأن يكون الحلف بعد العـصر، ثم استدل لذلك ثم قـال: ولأن أدبار الصلوات أوقات معظمة مـشرفة يرتجى فيها إجـابة الدعاء واختير وقت العصر لأنه وقت يجتـمع فيه الناس إلخ. وقال ابن ناجي: وظاهر كلامه أي صاحب المدونة أنه لا يعتبر في القـسامة زمن معين وهو كذلك، وقيل بعد صلاة العصر يوم الجمعة ذكره ابن رشد ثم قال: وذكر ابن رشد أن العمل مضى عندهم بذلك أي بكونها بعد صلاة الـعصر من يوم الجمعـة هذا لفظه، فقوله: وهو كـذلك يدل على رجحان عدم اعـتبار الزمان، نعم صاحب التلـقين اقتصر على قوله: وأمـا الزمان ففي الدماء واللعان بعـد العصر هذا لفظه، لكن ما به العمل مقدم على المشهـور، والعمل ذكره ابن رشد في الدم وما أحوج من شرح

يضع ولم يحلّ وهذه اليمين تسمّى يمين القضاء، والأصل في يمين المنكر قول النّبيّ ﷺ: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»[٣٣] والأصل في اليمين مع الشّاهد قول النّبيّ ﷺ: «إنّ جبريل أمرني بالقضاء باليمين مع الشّاهد»[٣٤].

وتهمةٌ إن قويت بها تجب ... يمين متهومٍ وليس تنقلب

لمّا ذكر أقسام اليمين مجملةً أراد الآن ذكرها مفصّلةً بذكر أحكام كلّ واحد منها، فأخبر أنّ يمين التّهمة تجب إن قويت التّهمة، ولا تجب مع ضعفها، وإذا وجبت فلا تنقلب على المدّعي؛ لأنّ فرض المسألة أنّه لم يحقّق الدّعوى على المدّعى عليه، فلا يكلّف بالحلف على ما لم يتحقّقه فقد سئل ابن رشد عن يمين التّهمة فقال: أمّا يمين التّهمة وهي الدّعوى الّتي لم تحقّق على المدّعى عليه فقد اختلف في لحوقها ابتداءً واختلف إذا لحقت على القول بأنّها تلحق هل ترجع، أم لا؟ والظّاهر في القياس أن لا تجب اليمين إلاّ بتحقيق الدّعوى لقوله

التحفة لنقل هذا العمل لأن صاحب التحفة إنما مقصده تبيين ما به العمل واللعان مثله كما لا يخفى، ولذلك قال في المختصر في اللعان وندب أثر صلاة، وقدمنا ما يدل للمصنف في ذلك، وأن اعتراض الحطاب ليس بصواب، وربما تكون الدماء كاللعان أو أحرى لعظمها فاكتفى في المختصر باللعان عنها، ويدل لذلك العمل الذي ذكرته ورأيته بعيني، مع أن التغليظ بالمكان الذي هو الجامع مثلاً فيه قول عندنا بأنه مندوب فقط، لكن ظاهر ما به العمل أنه على وجه الوجوب، وهو ظاهر ما نقلناه عن ابن كنانة أي روايته، وكلام المعونة والمختصر فيه صريح الندب، والأولى حمل العمل على الوجوب، ومن وقف على شرحنا وجد تحقيق هذه الأمور، ولكن في هذا الذي نقلنا كفاية للبيت وغنية للأريب[٣٥].

قوله: **(والذي اختاره إلخ)** أما عدم انقلاب يمين التهمة فذلك هو المشهور كما في التوضيح ونص عليه ابن فرحون وغيره، وقد أشار في المختصر إلى عدم الانقلاب في مواضع كقوله في النكاح ولا ترد أي التهمة وفي آخر الشهادات وإن نكل في مال وحقّه استحق به بيمين إن حقق إلى غير ذلك، فقوله إن حقق مفهومه أنه إن لم يحقق فإن المتهم بنفس نكوله بغرم وهذا مسلم، وأما توجه اليمين فيها فظاهر كلام الفقهاء أن اليمين تجب في التهمة على من تليق به التهمة قويت التهمة أم لا، هذا ظاهر كلامهم مع قولهم المشهور والمعمول بها توجهها، وقال العبدوسي ما نصّه: التهمة على قسمين: تهمة تلحق في دعواه معرة كالاتهام بالسرقة والغصب فهذه لا تلحق

(٣٣) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٥١٤، ٢٦٦٨)، ومسلم (١٧١١)، وأبو داود (٣٦١٩)، والترمذي (١٣٤٢)، والنسائي (٥٤٤٠)، وابن ماجه (٢٣٢١)، وأحمد في المسند (١/ ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٥١، ٣٦٣).

(٣٤) [حديث ضعيف جداً]: أخرجه ابن عدي في الكامل (٦/ ٢٥٠)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٧٠)، وفيه إبراهيم ابن أبي حية قال عنه البخاري منكر الحديث وقال النسائي ضعيف وقال الدارقطني متروك كما في الميزان (٧٩).

(٣٥) الأريب: أي الباغي والمريد.

ﷺ: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»[٣٦] وإيجابها استحسانٌ، والأظهر إذا وجبت على القول بأنّها تجب أن يحقّ الحقّ على المدّعى عليه بالنّكول دون أن ترجع اليمين على المدّعي، إذ لا يكلّف أن يحلف على ما لا يعرف، (والّذي أختاره) في هذا أن تلحق يمين التّهمة إذا قويت، وتسقط إذا ضعفت ولا ترجع إذا لحقت. قال الشّارح: معتمد الشّيخ - رحمه الله - في هذا البيت هو ما اختاره ابن رشد في يمين التّهمة.

ولّلتي بها القضا وجوب — في حقّ من يعدم أو يغيب

ولا تعاد هذه اليمين — بعد وإن مرّ عليها حين

اشتمل البيت الأوّل على مسألة وهي: بيان بعض من تجب في حقّه يمين القضاء، والثّاني على مسألة أخرى وهي: إذا حلف يمين القضاء من وجبت عليه، ثمّ تأخّر اقتضاؤه للدّين فهل تعاد أمْ لا؟ فأمّا المسألة الأولى فاعلم أنّ الفقهاء أوجبوا يمين القضاء على طالب من مات وهو مراده بمن يعدم أو غاب احتياطًا على أموال هذين الصّنفين لكونهما في الحال لا يدفعان عن أنفسهما لامتناع ذلك منهما، إمّا مطلقًا كالميّت، أو مع إمكان ذلك منه في المستقبل كالغائب (وشبهه) فقدّر الفقهاء على فرض حضورهما أنّه لو ادّعى كلّ واحد منهما

اليمين فيها جميع الناس، وتهمة لا تلحق فيها معرة فهذه تلحق اليمين فيها جميع الناس برهم وفاجرهم، وعلى القول بإيجاب اليمين في التهمة وهو المشهور من المذهب وبه القضاء وعليه العمل استحسن ابن رشد إلخ ما ذكره هنا في شرح التحفة وهذا منه بلفظه من نوازل الأقضية، وقوله فهذه لا تلحقه إلخ هذه مثله في دعوى التحقق وهو قول المختصر صدر الغصب وأدب مميز كمدعيه على صالح أي من لا يليق به الغصب وبيّناه في المحل المذكور، وابن سلمون اقتصر على كلام ابن رشد وقال في اختلاف الزوجين في المتاع، وفي يمين التهمة قولان مشهوران فانظره فإني لم أقف على القول بعدد اليمين أنه مشهور هنا إلاّ ما يفهمه قول المصنف وغيره فيدعي بمعلوم المحقق ولكن ذلك اعترض كما في ابن عرفة وغيره، غير أن الذي قال بتحقق معلوم هو الذي قال لا يمين في التهمة، ولكن ذكرنا في الشرح كلامًا في توجيه الانقلاب وتفصيلاً في ذلك، وكذا ذكرنا كلامًا عند قول المتن فيدعي إلخ، وفي المختصر في الوديعة ما نصّه: وحلف المتهم أي المودع عنده المتهم أن الوديعة تلفت لا في الردّ فإنه يحلف متهمًا كان أو غيره كما بيّناه في محله، واقتصر في النكت على عدم قلب هذه اليمين التي هي مضمون قول المختصر وحلف المتهم، وعلى توجه اليمين في يمين التهمة ممّن تليق به اقتصر ابن سهل في أحكامه الكبرى وكذا غيره، وفي نوازل المعيار عن ابن رشد أن يمين التهمة لا تتوجه اتفاقًا إلخ وهذا أحسن، وقول ابن رشد: إذا قويت التهمة وجبت اليمين تكلمنا عليه في الشرح كثيرًا عند قول المتن: وحلف المتهم قف عليه إن شئت. قوله: **(وشبهه)** هو الصغير والسفيه وحاصله المحجور ودليله ما يأتي في باب

---

(٣٦) [حديث صحيح] تقدم برقم (٣٣).

أنّه قضى غـريمه ولا بيّنة له، فإنّ اليمين تجب له على غـريمه الطّالب، فكذلك هاهنا. وأمّا المسألة الثّـانية وهي إذا حلف هذه اليـمين من وجبت عليه فـإنّه لا تتوجّه عليـه ثانيةً، ولا يطالب بإعادتها، وإن مرّ على ذلك حينٌ وزمانٌ ما لم يحدث ما يوجبها من اعتراض الشّكّ في باقي الحقّ مثل: ما عرض أوّلاً فإنّها تجب ثانيًا، ويتصوّر ذلك بعودة الغائب من مغيبه، وإقامته مدّةً بعد حلف طالبه معه في موضع الحكم، ثمّ تعرض له غيبةٌ ثانيةٌ فإنّ يمين القضاء تجب هنا؛ لتجدّد مـا يوجبها من الشّكّ في بقاء الدّين. قال ابن عـرفة: وشرط الحكم على الغائب بقضـاء دينٍ عليه مع قيام البيّنة عليـه يمينه على بقاء دينه إلى حين الحكم له بذلك. قال ابن رشد في نوازله: هذه اليـمين لا نصّ على وجوبها لعدم الدّعوى بما يوجـبها إلاّ أنّ أهل العلم رأوها على سبيل الاستـحسان احتياطًا للغائب وحـفظًا على ماله للشّكّ في بقاء الدّين عليـه أو سقوطه عنه. وفي الوثائق المجـموعـة: يحلف بحيث يجب الحلف قـائمًا، مستـقبل القبلة باللّه الّذي لا إله إلاّ هو، ما قـبضت من فلان الغائب شـيئًا من الدّين الّذي ثبت لي عليه عند فلان بن فلان صاحب أحكام كذا، ولا قـبضت عنه شيئًا، ولا استحلت على أحد، ولا أحلت به أحدًا، ولا وهبته له، ولا شيئًـا منه، ولا قدّمت أحدًا يقتضيه منه وإنّه لباقٍ عليه إلى يميني هذه.

وأمّا الميّت (والصّـبيّ والمجنون) ما دام كلّ واحدٍ منهم بصـفته فإنّهم لا يقـضى عليهم بالدّيون إلاّ بعد استحلاف الطّالب لهم؛ لكون الميّت يستـحيل أن يدّعي قضاء الدّين، وكذا الصّبيّ، والمجنون ما دام كلّ واحد منهما بصفته صحّ من الشّارح، ثمّ نقل عن ابن رشد أنّه لو حلف الطّالب هذه اليمين وتأخّـر اقتضاؤه مـدّةً طويلةً لجميع مال الغائـب، وبيع عقّاره لاحتمال سـقوط الدّين فتعاد اليمين كما لو كـان المدين حاضرًا أو ادّعى ذلك على الطّالب فأحلفه ثمّ تأخّر تنفـيذ القضاء لطول بيع ربعه، ثمّ ادّعى الطّالب مثل ذلـك فإنّه يحلّفه ثانيًا إلى أن قال عن ابن رشد: والصّـواب أنّه لا تعاد عليه اليمين، ثمّ قال ابن رشـد: ولا يشبه هذا إذا كان حاضرًا فـادّعى أنّه قضاه بعد ذلك أو وهبه إيّاه؛ لأنّ اليمين عـليه واجبةٌ بنصّ قوله ﷺ: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر»[٣٧] بخلاف اليمين للغائب فلا نصّ على وجوبها. ا هـ. وإلى قول ابن رشد أنّه لو حلف الطّالب هذه اليمين إلخ، أشار النّاظم بقوله: ولا تعاد هذه اليـمين البيت ثمّ نقل الشّارح عن ابن رشدٍ ما نصّه ولو تـأخّر القضاء

القضاء عند هذا الشارح.

قوله: **(والصبي والمجنون إلخ)** هذا في ابن الناظم أيضًا وذلك أنهـما يمكن أن يكون قضى دينهمـا كان القـضاء منهمـا أو من غيرهمـا فلذلك يحلف من له الدين، ومـا بقي من كلام هذا الشارح هو في ابن الناظم وزيادات كثيرة.

---

(٣٧) [حديث صحيح]: تقدم برقم (٣٣).

بعد يمينه إلى أن جاء الغائب فأقام معه مدّةً، ثمّ غاب لوجب أن لا يقضى حقّه حتّى يحلف ثانيةً؛ لأنّ الشّكّ هنا حاصلٌ كما كان أوّل مرّة، والدّين المنجّم لا يجب عليه أن يحلف على كلّ نجمٍ إلاّ أن يقدم الغائب في خلاله، أو تبعد النّجوم بحيث يمكن أنّه يعدّ قبضه النّجم الأوّل مضى فاقتضى النّجم الثّاني، أو وكّل من اقتضاه ولا خلاف في عدم حلفه ثانيةً إذا حلف مع شاهدٍ له بحقٍّ وذكره ابن عات، وقال السّائل له عياضٌ. قال ابن عات: وهذا يقتضي أنّ اليمين تكون قبل بيع ربع الغائب، قال الشّارح: وقد كنت نظرت في مسألة توجّه اليمين بالظّنّ وهي يمين التّهمة، ومسألة توجّه يمين القضاء نظرًا اقتضى أن قيّدت في المسألتين ما نصّه انظره فيه إن شئت، ولو أراد النّاظم التّنبيه على مسألة ابن رشد: ولو تأخّر القضاء بعد يمينه إلى أن جاء الغائب إلخ، لزاد بعد قوله: ولا تعاد هذه اليمينُ البيت فقال مثلاً:

إلاّ إذا ما حدث الشّكّ الّذي ... أوجبها من أوّل فلتحتذي

ويكون الاستثناء راجعًا لقوله ولا تعاد إلخ.

ولليمين أيّما إعمال ... فيما يكون من دعاوى المال

إلاّ بما عدّ من التّبرّع ... ما لم يكن في الحال عند المدّعي

وفي الإقالة ابن عتّاب يرى ... وجوبها بشبهةٍ معتبرا

وهذه اليمين حيث توجب ... يسوغ قلبها وما إن تقلب

هذا هو القسم الثّالث من أقسام اليمين وهي يمين المنكر، فأخبر أنّ هذه اليمين لها عملٌ، وأثرٌ في دعاوى المال ممّا يقتضي عمارة ذمّة بريّة، أو براءة ذمّة معمورة فتتوجّه اليمين على المطلوب في الوجه الأوّل، وعلى الطّالب في الثّاني وإلى هذا أشار بالبيت الأوّل، ثمّ استثنى من دعوى المال دعوى التّبرّع، وأنّها لا توجب يمينًا وذلك أن يدّعي الإنسان على غيره أنّه وهبه شيئًا، أو تصدّق به عليه وأنكر مالك ذلك الشّيء أن يكون وهب أو تصدّق فلا يمين على المدّعى عليه في ذلك (على المشهور) وعلى ذلك نبّه بقوله: إلاّ بما عدّ من التّبرّع فهو مخرجٌ من قوله: ولليمين أيّما إعمال البيت واحترز بالتّبرّع من المعاوضة، فإنّها توجب اليمين، ثمّ أخرج من دعوى التّبرّع الّتي توجب اليمين صورةً واحدةً وهي ما إذا كان الشّيء المدّعى هبته، أو صدقته تحت يد المدّعي في وقت الدّعوى فإنّ اليمين تجب على مالكه أنّه ما وهبه، ولا تصدّق به وعلى ذلك نبّه بقوله: ما لم يكن في الحال عند المدّعي

. قوله: «على المشهور إلخ» هذا صحيح.

فاسم يكن يعود على الشّيء المدّعى هبته، أو صـدقته في الحال أي حال الدّعوى، والمدّعي هو الموهوب له بزعمـه، ولمّا دخل في دعوى التّـبرّع الّتي لا توجب اليمين دعـوى الإقالة. وكان ابن عتّاب يرى وجوب اليمين فيها لشبهة ما نبّه على ذلك بقوله: وفي الإقالة البيت، ثمّ نبّه على أنّ هذه اليمين أي: يمين الإنكار حيث تتوجّه يجوز قلبها تارةً وذلك حيث تكون الدّعوى محـقّقةً، وتارةً لا يجوز قلبها وذلك إذا كـانت غير محقّقـة، وتوجب بفتح الجيم مضارع أوجب مـبنيٌّ للنّائب وإن بعد ما زائدةٌ ابن عـرفة: الباجيّ فيّ ترجمـة ما يجوز من العطيّة من ادّعى على رجلٍ هبةً معيّنةً، ظاهر المذهب أن لا يمين على المدّعى عليه وقال ابن الجلاب: عليه اليمين وإن نكل حلف المدّعي وأخذها، وأمّا إن كان في الذّمّة كمن عليه دينٌ فيدّعي على ربّه أنّه وهبه له فـالظّاهر أنّه عليه اليمين، ويحتمل أن يقسم قـسمةً أخرى، إن كانت الهـبة بغيـر يد الموهوب له، فلا يمين على الواهب، وإن كـانت تحت يد الموهوب له فعليه الـيمين كانت معيّنـةً أو في الذّمّة، ويصحّح هذا التّقـسيم أنّ من استحقّ عـرضًا بيد رجلٍ، لم يحكم له حتّى يحلف أنّه ما باع ولا وهب.

قال الشّارح: أقول معتمد الشّيخ - رحمه الله - استثناء التّبرّع من الدّعاوى الماليّة، إلاّ أن يكون بيد المدّعي، هو (مـقتضى ما ذكره البـاجيّ) - رحمه الله - أنّه يحتـمل أن يقسم قسمةً أخـرى، وفي طرر ابن عاتٍ سئل ابن رشد عن دعوى الإقالة ونحـوها فقال: ما هي من دعوى المعـروف وكان بين شـيوخنا اختـلافٌ في ذلك، ثمّ نقل عن بعض شـيوخنا أنّ

قوله: **(مقتضى ما ذكره الباجي إلخ)** الذي وقفنا عليه من كلام الباجي هو قوله ما نصّه: إذا شهد واحد لزيد بأن عمرًا أعطاه كذا فإن زيدًا يحلف مع شاهده ويأخذه فإن نكل حلف عمرو فإن نكل أدّى وإن لم يكن شاهد فـلا شيء لزيد عليه، وهذا ما لم يدع زيد على عـمرو أنه أبرأه من دين في ذمته أي من دين لعـمرو في ذمة زيد فإن زيدًا لا يلزمه أن يدفعه إلاّ بـعد حلف عمرو أنه لم يبرئه منه، وكذا ما هو مـن مال عمرو فإنه إذا ادعى زيد أن عمرًا وهبـه ذلك فإن عمرًا يحلف أيضًا أنه لم يهبه له لأن عمرًا يريد إخراج ما في حوزه في الأمرين أصله حلف المستحق لشيء من يد غيره إلخ. وابن عرفـة قال ما نصّه: وفي إيجاب دعوى هبـة معين يمين الواهب قول الجلاب، ونقل الباجي عـن ظاهر المذهب قائلاً: دعوى المدين هـبة رب الدين دينه يوجب يمينه اتفـاقًا. ابن عرفة: وكـذا هبة ما بيده من معين اهـ. قـال الرعيني في كتاب الدعـوى والإنكار ما نصّه: ومن ادعى على أحـد من الناس هبة الله أو صـدقة أو عطـية أو نحلة أو عـارية إلى أجل أو سكنى أو عمرى أو حبسًا أو إخدام عبد أو وصيـة وكان ذلك بيد المدعى عليه وعجز المدعي عن إثبات البينة على دعواه فلا يمين على المدعى عليه إذا أنكر، وإن كانا أخوين أو خليطين بأي خلطة كانت، وإن كانت هذه الأشـياء بيد المدعي بما ذكرنا وقـام صاحبهـا يريد أخذها فادعى عليـه المدعي بما ذكرنا وأنكر المدعى عليـه ذلك حلف وأخذ متـاعه استـحسانًا، والقـياس أنه أولى بمتـاعه بلا يمين اهـ. بلفظه. وهذا التـفصيـل هو الذي في التحفـة وهو الذي في المذهب، وخـلاف ابن الجلاب الذي

الشّيء المدّعى فيه إن كان بيد المدّعي (أو كـان له به تشبّثٌ) وجبت له اليمين في ذلك على المدّعى عليـه، وإن لم يكن بيـده، ولا له به تشبّثٌ لم تجب عليـه في ذلك اليـمين، وهو تفصيلٌ حسنٌ له وجهٌ من النّظر، ثمّ قال: وكان ابن عتّاب رحمه الله يقول: لا تجب اليمين لمدّعي الإقالة على المدّعى عليه فيها إلاّ أن يأتي بشبهةٍ تقوّي بها دعواه، وكذلك كان صاحبه ابن القطّان يفتي أن لا يمين في ذلك إلاّ بـشبهة. ا هـ باختـصارٍ وإلى قول ابن عـتّابٍ وابن القطّان إلاّ أن يأتي بشبهةٍ أشار المؤلّف بقوله: لشبهةٍ معتبرا. .

ومـثـبتٌ لنفـسـه ومـن نفى عنهـا على الـبتـات يـبدي الحلفـا

ومـثـبتٌ لغـيـره ذاك اكـتـفى وإن نفـى فـالنّفي للـعلم كـفى

يعني أنّ الحالف لا يخلو إمّا أن يحلف عن نفسـه، أو عن غيره وفي كلٍّ من الوجهين إمّا أن يثبت بيمينه شـيئًا أو ينفيه، فالأقسام أربعةٌ: فإن حـلف عن نفسه فإنّما يحلف على البتات سواءٌ أثبت كما إذا قام له شـاهدٌ بحقٍّ، فإنّه يحلف مع شاهد ويستحقّ ويكون حلفه على البتّ أنّ له ذلك في ذمّـة المدّعى عليه، أو نفى كـما إذا كان لهُ دينٌ عـلى غائبٍ، أو ميّت ببيّنة فـإنّه لا يقتضيه حـتّى يحلف يمين القضاء أنّه ما قبض منه شـيئًا، وإن حلفَ عن غيـره فإنّ أثبت فيحـلف على البتّ أيضًا كمن قـام له شاهدٌ بدينٍ لأبيه الميّت فـيحلف مع الشّاهد على البتّ، أنّ لأبيـه قبل المدّعى عليه ذلك الدّين، وإن نـفى فلا يحلف على البتّ بحيث يجزم بنفي مـا نفى وإنّما يحلف على نفي العلم، كمـا إذا كان لأبيه الميّت دينٌ على ميّت، أو غائبٍ فيحلف يمين القـضاء عن أبيه على أنّه (لا يعلم) أنّ أباه اقتضى ذلك الدّين ولا شيئًا منه، فيمـينه في هذه الصّورة على نفي العلم لا على البتّ. قال الشّارح: (وظاهر سياقه) أنّه لابن يونس ما نصّـه قال مالكٌ: يحلف في دينٍ لأبيه الميّت على البتّ، ولو أقام شاهدين على علمه أنّه ما علم أباه أنّه قبض ذلك الدّين، قال ابن كنانة: ويحلف الكبار مع شاهد والـدهم على البتّ في الدّين، ولا يعلمون أنّه قـبض منه شيـئًا، ولا قـبضـه قابضٌ فتصـير أوّل اليمينين على البتّ، والثّانيـة على العلم، وفي العتبيّة من سـماع ابن القاسم: وسئل مـالكٌ عن الّذي يأتي بشاهدٍ واحـدٍ في حقٍّ لأبيه كـيف يحلف أعلى البتّ أو على

يقابله نقل الباجي إنما هو في معين هو بيد المدعي وفي غير الدين بدليل تأمل ما قدمناه وانظر هذا صدر الهبة عند قول المـتن، أوجد فيه إلخ. قوله: **(أو كان له به تشبث)** أي تعلق وكأنه عنى بهذا الدين والله أعلم بدليل ما عند غيره.

قوله: **(لا يعلم إلخ)** هذا هو قول المختصر، وإن ادعـيت قضاء على ميت لم يحلف إلاّ من يظن به العلم من ورثته إلخ أي على العلم كمـا في شروحه. قوله: **(وظاهر سياقه إلخ)** كأنه لم يقف على ديوان ابن يونس وإلاّ فالكلام في ديوان ابن يونس وقـد نقلناه بلفظه في شرحنا. قوله:

العلم؟ قال على البتات أنّه حقٌّ ولكن إن جاء بشاهدين أحلف باللّه أنّه ما علم أباه اقتضاه ويحلف مع الشّاهد على الحقّ بالبتات، ومع الشّاهدين على العلم قال الشّارح: ما في العتبيّة أنّها يمينٌ واحدةٌ، ولا خفاء أنّهما يمينان: أحدهما على البتّ مع الشّاهد الواحد، وثانيهما على العلم سواءٌ كانت مع الشّاهد واليمين، أو مع الشّاهدين حسبما تقدّم لابن كنانة ا هـ ونقل قبل هذا ما حاصله (أنّ الصّغير إذا شهد له عدلٌ واحدٌ) بحقّه أنّ المطلوب يحلف ويبقى الشّيء بيده ويسجّل له بذلك سجلا ليحلف إذا بلغ، ثمّ قال قيل: وكيف يحلف الصّبيّ على ما لا يعلم؟ قال: (لا يحلف حتّى يعلم بالخبر الّذي يتيقّن به) فله أن يحلف بذلك ويحلف على البتّ أنّ هذا الحقّ لحقٌّ. ا هـ قوله: ومثبتٌ في الموضعين هو صفةٌ لمحذوفٍ أي: حالفٌ مثبتٌ وذلك إشارةٌ للبتات وقوله: وإن نفى أي: عن غيره..

والبالغ السّفيه بان حقّه يحلف مع عدلٍ ويستحقّه

هذا هو القسم الرّابع من أقسام اليمين وهو اليمين مع الشّاهد لكمال النّصاب، يعني أنّ السّفيه البالغ إذا بان حقّه بشهادة عدل واحد فإنّه يحلف مع شاهده ويستحقّ حقّه. قال في العتبيّة من سماع أصبغ قال: سمعت ابن القاسم يقول في الّذي يأتي بشاهد واحد على حقّه وهو كبيرٌ سفيهٌ مولّى عليه قد احتلم أنّه يحلف مع شاهده وإن كان سفيهًا، وليس هذا مثل الصّبيّ هاهنا فإن أبى أن يحلف حلف الآخر وبرئ ولم يستأن به كما يستأني بالصّغير، وقاله أصبغ كلّه، ثمّ قال وإن نكل السّفيه عن اليمين في الموضع الّذي يحلف فيه معه حلف المطلوب وبرئ، (ولم يكن للسّفيه إذًا رشدٌ أن يحلف) كالكبير المالك أمر نفسه ا هـ.

(لا يحلف حتى يعلم بالخبر الذي يتيقن به إلخ) هذا في ابن الناظم، وظاهر هذا أو صريحه أنه لا يعتمد على الظن، وقد قال في المختصر، واعتمد إثبات على ظن قوي، وحاصل ما لخصناه من كلام الناس أنه يقول في يمينه مع الشاهد أن ما شهد به شاهدي لحق جازمًا بذلك، ولا يقول أظن ذلك أو أنا ظان، وأما ما يعتمد عليه في هذا البت فقيل لا يعتمد إلاَّ على اليقين وقيل على الظن، والأول هو الذي يظهر رجحانه، وعليه الباجي قائلاً: هو المعلوم من مذهب مالك وهو قوله وهو الصحيح، بل وعليه العمل على ما تأولناه من كلامهم. وقول المختصر ظن قوي هذا النعت بالقوة ليس في كلامهم إنما هو للغزالي، ولكن قف على الشرح يظهر لك حقيقة ما لخصناه والعلم عند الله، ولكن من تأمّل ما كتبناه على قول المتن واعتمد البات على ظن قوي وما كتبناه في الحاشية على قول المتن وغموس بأن ظن أو شك مطلع علم كثير والله المعين. قوله: **(أن الصغير إذا شهد له عدل واحد إلخ)** هذا قول المختصر وحلف عبده وسفيه مع شاهد لا صبي إلخ وبيّناه والحمد لله غاية البيان، وسيأتي بيانه في النظم قريبًا هنا.

قوله: **(ولم يكن للسفيه إذا رشد أن يحلف إلخ)** هذا قول ابن القاسم أصبغ، وقول مطرف وابن كنانة وابن دينار أن نكوله لا يسقط حقه، وفي ذلك اضطراب كثير وترجيحات، وذكرنا ذلك

وترجأ اليمين حقّت للقضا   لغير بالغ وحقّه اقتضى

يعني أنّ الصّغير الّذي لم يبلغ إذا كان له حقٌّ على ميّت، أو غائب ونحوهما ممّن لا يقتضى منه إلاّ بعد يمين القضاء فإنّه يقتضي حقّه الواجب له الآن، وترجى اليمين الواجبة عليه إلى بلوغه فإن حلف بقي حقّه بيده وتمّ له الحكم به، وإن نكل عنها ردّ الحقّ إلى من أخذ منه، وقال في الوثائق المجموعة: ومعنى ترجأ تؤخّر وحقّه مفعول اقتضى. تحصيلٌ.

(اعلم أنّ أقسام اليمين) أربعةٌ كما تقدّم والّذي تتوجّه عليه ثلاثةٌ: إمّا رشيدٌ، أو سفيهٌ

كله عند قول المختصر: وحلف عبد وسفيه إلخ، ولخصنا أن الراجح هو عدم سقوط حقه بنكوله وهو الذي تدل عليه القواعد وبيّنا ذلك فعليك به إن رمت التحقيق وما تنجو به مع الله تعالى، وهذا فرع كثير الوقوع، فعليك بمعرفته مع كونه بسيطًا في نفسه، وادع لمن أتعب النفس في ذلك.

قوله: **(اعلم أن أقسام اليمين إلخ)** اعلم أن الذي لخصناه في شرحنا عند قول المختصر: وحلف عبد وسفيه إلخ ما نصّه: الصبي لا يحلف مطلقًا أي في حين صباه والسفيه مولى عليه أو لا يحلف مع شاهده وفي اليمين المقلوبة عليه كدعواه على رشيد بشيء فأنكر الرشيد فإنه يحلف على ما قال ابن سهل فيه هو الصحيح خلافًا لابن الهندي ويحلف يمين الاستحقاق لأن ذلك بمنزلة قيام الشاهد ويمين القضاء تؤخر لرشده، وما ذكره في الوثائق المجموعة من حلفه يمين القضاء فإن نكل أخرت لرشده ظاهره غاية لا سيما قد شهر حلفه اليمين القضاء، لكن الراجح والذي به العمل هو تأخيرها لرشده في هذا، قف على دليله في المحل المذكور من كلام أهل المذهب فقول هذا الشارح: أقسام اليمين أربعة ترك اليمين المقلوبة وترك يمين الاستحقاق ولم يذكرهما صراحة، والسفيهة تحلف في ادعاء الوطء على ما في التحفة ولا تحلف الصغيرة، وفي المختصر وحلفت هي أو أبواها إن كانت سفيهة، وقال أيضًا: وصدقت في خلوة الاهتداء أي مع يمينها كما في شروحه، وفي التحفة والبكر مع شاهدها تحلف، وفي ادعاء الوطء أيضًا تحلف وهو خلاف ما في المختصر باعتبار السفيهة، وإذا حلف الأب مع السفيهة فأحرى الصغيرة، ووجه ما في المختصر أنه لا يحلف إلاّ من يكون قراره لازمًا له والسفيهة ليست كذلك، وما في التحفة هو في ابن سهل وابن محرز، غير أن ما في المختصر ادعى على الزوجة أنها وجدت ثيبًا، وما في التحفة ادعت أنها وطئت، وقال أيضًا في المختصر في الاختلاف في الصداق: ولا كلام لسفيهة ولكن قف على ما في الشرح عند قول المتن وصدقت في خلوة الاهتداء في فصل الصداق، وعند قوله: وأجل المعترض، وعند قوله: أو بكارتها، وعند قوله: أو الثيوبة في فصل الخيار بين الزوجين، وما ذكره الحطاب في الصغيرة ممّا يؤذن بحلفها فذلك لا يظهر أصلاً، وخلوة الاهتداء شاهد عرفي كما هو في التحفة وغيرها، والسفيه يحلف مع الشاهد الحقيقي، فيظهر حلف السفيهة في دعوى الوطء كما في التحفة بخلاف الصغيرة فإن الصغير لا يحلف مع الشاهد على المذهب، وعلى ما لخصناه من كلام الناس كان من حق الناظم أن يزيد بعد قوله المتقدم وهي يمين تهمة أو القضاء أو منكرًا، ومع شاهد رضي ما نصّهُ:

بالغٌ، أو صغيرٌ، فالأقسام اثنا عشر من ضرب أربعة عدّة أقسام اليمين في ثلاثة من تتوجّه عليه فالرّشيد يحلف الأقسام الأربعة، والصّبيّ لا يحلف الآن واحدًا منها على المشهور، وأمّا يمين الإنكار، والتّهمة فلا إشكال، وأمّا يمين القضاء فذكر في هذا البيت أنّها تؤخّر إلى بلوغه، وأمّا يمين كمال النّصاب فيأتي للنّاظم بعد هذا البيت حكم ما إذا شهد له عدلٌ واحدٌ، وأمّا السّفيه البالغ فيحلف مع الشّاهد، كما ذكر في البيت قبل هذا، وفي حلفه الآن يمين القضاء، وتأخيرها لخروجه من الولاية قولان: قال المتيطيّ: في المرأة المولّى عليها تقوم بكالئها[٣٨]، المشهور أنّها هي الّتي تحلف وأفتى ابن عتّاب أنّها ترجى عليها اليمين حتّى تخرج من الولاية، ولا يحلف يمين الإنكار، ولا يمين التّهمة؛ لأنّه لو أقرّ لم يلزمه ما أقرّ به، والقاعدة أنّ اليمين إنّما تتوجّه في الدّعوى الّتي لو أقرّ المدّعى عليه بها انتفع المدّعي وهذه لا ينتفع بها فلا توجب يمينًا والله أعلم.

وحيث عدلٌ للصّغير شهدا ... بحقّه وخصمه قد جحدا
يحلف منكرٌ وحقٌّ وقفا ... إلى مصير خصمه مكلّفا
وحيث يبدي المنكر النّكولا ... بلغ محجورٌ به المأمولا

يعني أنّ الصّغير إذا قام له شاهدٌ بحقٍّ والمشهود عليه منكرٌ فإنّ المشهود عليه يحلف أن لا حقّ للصّغير عنده، فإن نكل اقتضى الصّغير حقّه في الحال دون يمينٍ، ولا يحلف إذا

وكلها يحلفها الرشيد ... عكس صبي بدءًا يا مجيد
ثم سفيهًا حلفوا فيما قلب ... أو مع شاهد بلا قيد طلب
ومثل ذا استحقاق غير ربع ... فافهم وكن لقولهم ذا سمع
وأخرنه في يمين للقضا ... ورشده في أرجح به رضى

وقولنا بلا قيد طلب أي لا فرق في الشاهد بين أن يكون عرفيًا أو حقيقيًا، فافهم هذه الفائدة وادع لمن قرب الله تعالى. وقولنا بدءًا أي في حين صباه إذ لا حلف للصبي مطلقًا ذكرًا كان أو أنثى، ولعل الناظم ومن تبعه لم يذكروا يمين الاستحقاق واليمين المقلوبة لأن يمين الاستحقاق تدخل في يمين القضاء كما في تفسير بعضهم لأنه يقول: ما بعت إلخ. ويمين القضاء يقول فيها: ما قبضت إلخ. واليمين المقلوبة شبه اليمين مع الشاهد، لأن النكول قيل إقرار، وقيل هو بمنزلة الشاهد، فلا يحلف مع على الأول بخلاف الثاني، وبيّنا هذا غاية عند قول المتن آخر الشهادات: وإن نكل في مال وحقه إلخ، لكن يمين الاستحقاق تخالف يمين القضاء باعتبار السفيه كما رأيته

---

(٣٨) بكالئها: حافظها أوراعيها.

كبر، وإن حلف بقي الشّيء بيده إلى أن يبلغ الصّغير، ويكتب القاضي له بذلك عقدًا بما صحّ عنده من شهادة الشّاهد، فإن بلغ وحلف أخذ شيئه، وإن نكل فلا شيء له. قال ابن يونس: ومن كتاب ابن الموّاز: وإذا قام للميّت شاهدٌ بدينٍ ووارثه صغيرٌ حلف المطلوب، فإن حلف ترك حتّى يكبر الصّبيّ فيحلف ويستحقّ، وإن نكل أي: بعد بلوغه لم يحلف المطلوب ثانيةً، وإن نكل المطلوب، أولا غرّم ويكتب القاضي بذلك قضيّته ويشهد على ما ثبت عنده من شهادة الشّاهد؛ لينفّذه من بعده إن مات الشّاهد، وإن شاركه وارثٌ كبيرٌ حلف الكبير واستحقّ قدر حصّته، وأحلف المطلوب فإن نكل عجّل حقّ الطّفل إن كان حالاً، ثمّ لا يمين على الصّغير بعد كبره كحكمٍ نفذ، ثمّ نقل الشّارح عن ابن رشد خلافًا في توقيف الحقّ فقال: فعلى قول أصبغ هذا لا يجب توقيف الدّين، وقد قيل: إنّه إذا حلف الّذي عليه الحقّ أخذ منه الدّين فيوقف حتّى يكبر الصّغير فيحلف، ويأخذه، (ومعنى ذلك إذا لم يكن غنيًّا) وخيف العدم، وهو في القياس صحيحٌ إذ لو كان المدّعى فيه شيئًا بعينه لوجب توقيفه، أو بيعه وتوقيف ثمنه إن خشي عليه على ما يأتي لابن القاسم في سماع محمّد بن غالبٍ إذا وقف الدّين، أو العرض فضمانه من الصّبيّ إن حلف ومن

فالحق هو التمييز، وعلى ما في الوثائق المجموعة يصير السفيه كالرشيد في هذه الأيمان، وفي الشرح للمحل المذكور مسائل حسان تناسب، قف عليها إن شئت من حلف العبد أو سيده في أمور والبكر في الافتضاض وغير ذلك.

قوله: **(ومعنى ذلك إذا لم يكن غنيًا إلخ)** صاحب المختصر قال في الصبي الذي قام له شاهد ما نصه: وحلف عبد وسفيه مع شاهد لا صبي وأبوه وإن أنفق وحلف مطلوب ليترك بيده وسجل ليحلف إذا بلغ كوارثه قبله إلاّ أن يكون نكل أولاً ففي حلفه قولان، وإن نكل اكتفى بيمين المطلوب الأولى إلخ. وعبارة ابن رشد في بيانه بعد كلام وبعد حلف المدعى عليه ما نصّه: قال أصبغ: لأنه قد برئ يوم حلف وهو بريء أبدًا حتى يحلف الصبي فيكون حلفه كالشهادة الحادثة القاطعة، فعلى قول أصبغ هذا لا يجب توقيف الدين، وقد قيل: إذا حلف الذي عليه الحق أخذ الدين منه فوقف حتى يكبر الصغير فيحلف ويأخذه، ومعناه إذا لم يكن مليًا وخيف عليه العدم وهو في القياس صحيح، إذ لو كان المدعي فيه شيئًا بعينه لوجب توقيفه أو بيعه، ويوقف ثمنه إن خشي عليه على ما يأتي لابن القاسم في سماع محمد بن خالد، وإذا وقف الدين أو العرض فضمانه من الصبي إن حلف ومن الغريم إن نكل ولم يحلف، لأنه إنما وقف لمن يجب له منهما بتمام الحكم ببلوغ الصبي، فإن حلف لم يجب لأحدهما على صاحبه شيء حلف أو نكل، لأنه إن حلف وجب له وكانت مصيبته منه، وإن نكل عن اليمين وجب للمدعى عليه وكانت مصيبته منه إلخ وهذا منه بلفظه. فظاهره رجحان التوقيف في الدين والاتفاق عليه في العرض وهو المعين، وليس هذا الاتفاق بصحيح. ففي الجواهر ما نصّه: فإن حلف ففي إيقاف المشهود به إذا كان معينًا كدار أو عبد وكان ممّا يخشى تلفه إن لم يوقف قولان مبنيان على الخلاف في أن القضية

الغريم إن نكل ولم يحلف. قال ابن رشد: لا اختلاف في أنّ الّذي عليه الحقّ إذا نكل يغرّم ولا يجب على الصّغير إذا بلغ أن يحلف؛ لأنّ نكوله كالإقرار. فرعٌ وكذلك وكيل الغائب يقيم شاهدًا واحدًا على حقّ الغائب فيقضى على الّذي عليه الحقّ باليمين إلى أن يقدم الغائب فيحلف مع شاهده، وإن نكل عن اليمين غرّم ولم يكن على الغائب إذا قدم أن يحلف. ا هـ وقد ذهب النّاظم على ما تقدّم أنّه الجاري على قول أصبغ من عدم التّوقيف؛ لأنّ معنى قوله: وحقٌّ وقفا أي: بيد المدّعى عليه وظاهره كان دينًا، أو شيئًا معيّنًا كن المدّعى عليه غنيًّا، أو فقيرًا وبه صرّح الشّيخ خليلٌ حيث قال: وحلف مطلوبٌ ليترك بيده ويسجّل ليحلف إذا بلغ. فرعٌ: في العتبيّة يشبه ما تقدّم قال أشهب في الميّت يثبت عليه دينٌ

مستند: إلى الشاهد، وإنما اليمين كالمقوية، فيوقف المطلوب إذا وجد سببه أو ليس استنادها إليه فلا يوقف لعدم السبب إلخ. وهذا البناء في المازري. وفي ابن الحاجب: فإن حلف ففي وقف المعين قولان، قال في التوضيح المعين كدار أو ثوب، زاد اللخمي أو كان غنيًا والمدعى عليه يخشى فقره والقول بعدم الوقف قاله الأخوان وأصبغ وابن عبد الحكم، وعليه إذا حلف بعد بلوغه أخذه بعينه إن كان قائمًا أو قيمته إن فات، والوقف هو ظاهر الموازية وكتاب ابن سحنون وهو ظاهر لأن شهادة الشاهد لم تبطل رأسًا، وإنما حلف المدعى عليه ليتأخر الحكم إلخ. وفي الباجي مثل هذا. وقال الرجراجي: فإن حلف بقي الحق عنده كان الحق معينًا أو ثابتًا في الذمة حتى يحلف الصغير بعد بلوغه فيستحق حقه ما كان منه في الذمة وما بقي من المعين، وإن فات فقيمته يوم الحكم به للصبي إن كان سبب الفوات من الذي هو بيديه أو من آدمي غيره، وإن كان من قبل الله تعالى فلا شيء عليه إلاّ أن يكون غاصبًا أو متعديًا، رواه ابن حبيب عن الأخوين وأصبغ وابن عبد الحكم اهـ. بلفظه، وتفصيله في الضمان لم يذكره الباجي. وقوله يوم الحكم به عبارة العبدوسي هي قوله ما نصّه: هل يضمن قيمته يوم الحكمة أو يوم الهلاك؟ هكذا قال ولم يجزم بأحدهما. وفي نهاية المتيطي: هل يوقف المعين وكان عينًا وخشي فقر الغريم ففي كتاب محمد يوقف، وفي كتاب ابن حبيب لا يوقف إلخ. فظاهره أن محمدًا صرّح بذلك، وقد رأيت أنه ظاهر كتاب الموازية. وذكر ابن يونس أن المبين وما له غلة يسلم للغريم، ونسبه لابن عبد الحكم وأصبغ. وقال في محل آخر: يوقف للصغير حتى يكبر إلاّ ما لا يصلح إيقافه مثل الحيوان ونحو ذلك فيباع ويوقف ثمنه إلخ، وقوله مثل الحيوان به تعرف معنى قولهم يباع إن خشي عليه وعلى عدم الوقف مرٌّ في المختصر لقوله ليترك بيده، نعم من يخشى فقره ظاهر معه الوقف، وكأن صاحب المختصر لم يستثنه لظهوره، ولأنه قال وسجّل ليحلف إلخ إذ فائدة التسجيل تقل مع ما ذكر من خشية العدم، مع أن تعليل صاحب البيان وابن شاس قد يظهر منه عدم الوقف مطلقًا وهو ظاهر المختصر، وليس صريحًا في ذلك كما في هذا الشرح، وكلام الناس رأيته وبه تعلم ما في هذا الشرح من عدم الاستيفاء للمسألة وما فيه من الإجمال والإبهام، وقول النظم: وحيث يبدي إلخ. قال المتيطي في هذا ما نصّه: فلو نكل الغريم أولاً أخذ الحق منه ولا يحلف الصبي إذا كبر وهو المشهور وبه العمل إلخ. وقف على الشرح تر كلام الناس وتحريره والحمد لله.

فيجد وصيّه شاهداً بالبراءة منه، والورثة صغارٌ فيحلف الطّالب أنّه ما قبض، فإن حلف دفع إليه المال الآن فإذا كبر الصّغار حلفوا واسترجعوا المال..

والبكر مع شاهدها تحلّف وفي ادّعاء الوطء أيضاً تحلف

(وفي سوى المشهور يحلف الأب عن ابنه وحلف الابن مذهب)

يعني أنّ البكر البالغ إذا قام لها شاهدٌ بحقٍّ فإنّها تحلف معه وتستحقّ، وهذا كما تقدّم في السّفيه البالغ حيث قال: والبالغ السّفيه البيت وكذلك أيضاً إذا خلا بها الزّوج خلوة اهتداء وادّعت الوطء وأنكره الزّوج، فإنّ خلوته بها شاهدٌ عرفيٌّ يشهد لها فتحلف معه وتستحقّ الصّداق كاملاً، وقد تقدّم هذا في قوله في القسم الثّاني من أقسام الشّهادة وهي الّتي توجب الحقّ مع اليمين، وها هنا عن شاهد البيت وعلى هاتين المسألتين اشتمل البيت الأوّل. قال ابن سهلٍ في أحكامه عن ابن لبابة: إنّ العواتق الأبكار لا يمين على من لم تطلق منهنّ من الولاية إلاّ في شيءٍ يكون لهنّ به شاهدٌ واحدٌ، فإنّهنّ يحلفن كما يحلف السّفيه، وفي مثل ادّعائهنّ على الأزواج الوطء ا هـ. وأمّا البيت الثّاني فقد استدرك فيه قولين آخرين في مسألة الصّبيّ، يقوم له شاهدٌ بحقٍّ، فقد قدّم فيه قولاً واحداً هو المشهور في قوله: يحلف منكرٌ وحقٌّ وقفا البيت وذكر هنا قولين آخرين مقابلين للمشهور، ولذلك قال: وفي سوى المشهور أحدهما: أنّ الأب يحلف عن ابنه الصّغير، الثّاني: أنّ الصّبيّ هو الّذي يحلف. قال الشّارح قوله وحلف الابن مذهبٌ يعني به أنّه قد قيل: إنّ الابن يحلف وإن كان صغيراً، وساقه بالتّنكير إشعاراً بأنّه مذهبٌ لا يخلو من شذوذ لعدم جريانه على الأصول، وفيه إشكالٌ كما يأتي، ثمّ قال وقال ابن رشد: وليس لوصيِّ الصّغير أن يحلف مع شاهدٍ ويستحقّ حقّه، واختلف هل ذلك للأب أم لا؟ فالمشهور المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك أنّ ذلك ليس له. وقال ابن كنانة: ذلك له؛ لأنّه يمونه وينفق عليه وهذا فيما لم يل فيه الأب أو الوصيّ المعاملة؛ لأنّ ما ولي فيه أحدهما المعاملة فاليمين عليه واجبةٌ؛ لأنّه إن لم يحلف غرّم وقد وقع في كتابٍ جمعت فيه أقضية مالك واللّيث أنّ الصّغير يحلف مع شاهده كالسّفيه وهو بعيدٌ؛ لأنّ القلم مرفوعٌ عنه فلا يتحرّجً من الحلف على باطلٍ..

وقوله في النظم: **(وفي سوى المشهور يحلف الأب عن ابنه وحلف الابن مذهب)** هذا قف على كلام كثير فيه في شرحنا، لكن المشهور هو قول المختصر: لا صبي وأبوه وإن أنفق كما في ابن رشد وغيره، لكن في الأب المنفق خلاف قوي والوصي أحرى في عدم الحلف لأنه لا يجب عليه الإنفاق وهذا ما لم يليا المعاملة وإلاّ حلف كما بيّناه في شرحنا.

باب الرهن وما يتعلق به

(ابن عرفة: الرّهن) مالٌ قبض توثّقًا به في دينٍ فـتخرج الوديعة والمصنوع بيد صانعه، وقبض المجنيّ عليه عبدًا جنى عليه وإن شاركه في الأحـقّيّة لجواز اشتراك المختلفات في أمرٍ يخصّـها، ولا تدخل وثيقـة ذكر الحقّ ولا الحمـيل، ولا يخرج ما اشـترطت منفعـته؛ لأنّ شرطها لا ينافي قبضه للتّوثّق. ا هـ. فقوله: «مالٌ» جنس مناسب الرّهن؛ لأنّ الرّهن بمعنى المرهون وحدّ الاسم دون المصدر الّذي هو إعطاء مال توثّقًـا بحقٍّ؛ لأنّ الاسم هو المستعمل في عرف الشّـرع، قوله «قبض» أشـار به إلى أنّ الرّهن لا يتقـرّر من غير قـبضٍ وهو قول مالك - رحمـه الله - وإن وقع منه صحّة التّوثّق به، قـوله: «في دينٍ» أشار به إلى أنّه لا يصحّ أن يكون الرّهـن في معـيّنٍ، وإنّـما يصـحّ أن يكون في دينٍ، والدّين لا يتـقـرّر في المعيّنات فإن قلت: وقع في كتب الفقـهاء أنّ الرّهن صـحّ في العاريّة، وإطلاقهم يدلّ على الحقيقة كـما تقدّم، فالحدّ غير جامعٍ قـلت: الجواب: أنّ الرّهن المذكور لم يكن في المعيّن، وإنّما ذلك في قـيمته إذا هلك وكـان ممّا يغاب عليه بذلك تأوّلوا ما وقع لهم وهـو صحيحٌ صحّ من الرّصّاع ابن سلمـون: وإذا كان في العاريّة فهو في القـيمة فيمـا يغاب عليه. وفي ابن الحاجب: الرّهن إعطاء أمـرٍ وثيقةً بحقٍّ. ا هـ. التّوضيح: الرّهـن لغةً اللّزوم، والحبس قال الله تعالى: ﴿كلّ نفس بما كسبت رهينة﴾ [المدثر:٣٨] أي: محبـوسةٌ، والرّاهن دافع الرّهن والمرتهن بكسر الهاء آخـذ، ويقال للرّهن مرتهنٌ بفتح الهـاء، وقد يطلق على آخذه؛ لأنّه وضع عنده الرّهن، وعلى الرّاهن؛ لأنّـه يسأل الرّهن. الجـوهريّ والنّوويّ يقال رهنتـه الشّيء وأرهنته وجـمع الرّهن رهانٌ ورهونٌ ورهنٌ ابن عبـد السّلام وأتى بلفظ أمرٍ ليـشمل الذّوات والمنافع؛ لأنّه يصحّ رهنهمـا، ونبّه بقوله إعطاء الإقبـاض، لأنّ الرّهن لا يتمّ بمجرّد القبض حتّى يكون المالك هو الّذي أقـبضه إيّاه وأذن له في قبضه، فلو تولّى المـرتهن قبضه دون إقباض مـالكه وإذنه لم يكن رهنًا بخلاف الهبة والصّـدقة؛ (لأنّه تعالى وصف الرّهان بكونها مقبوضةً) ولـفظ مقبوضةٍ يقتضي قابضًا ومقبـوضًا فلا بدّ من المقبوض منه، وإلاّ لم

باب الرهن وما يتعلق به

قوله: **(ابن عرفة الرهن إلخ)** جمـيع من حد الرهن ابن عـرفة وابن الحـاجب وابن شاس والقاضي وصاحب الكافي وغيرهم لم يستوف الرسم حقه، وبيّنا ذلك كله في شرحنا وبيّنا حقيقته عند الفقهاء غاية البيان بالدلـيل والبرهان من كلام الناس، ومن ارتاب فلينظر فإن العرب بالباب، وما ذكره هذا الشارح هنا من الكـلام تبعًا لغيره ففيه اعـتراضات يطول بنا تتبعهـا وقد كتبناها في شرحنا. وقـول هذا الشارح: **(لأنه تعـالى وصف الرهان بكونها مـقبـوضة إلخ)** هو يستدل على شرط الإقباض الرباعي، والآية إنما فيها القبض الثـلاثي لأن مقبوضة اسم مفعول الثلاثي، نعم لو

يصحّ وصفه بكونه مقبوضًا، ولمّا لم يقل ذلك في الهبة والصّدقة صحّ قبض الموهوب له والمتصدّق عليه دون إقباضٍ من الواهب والمتصدّق ا هـ.

قوله: «وما يتعلّق به» يعني كاشتراط حوزه وانقسامه إلى ما يغاب عليه، وما لا يغاب عليه، وما يضمن، وما لا يضمن، وما يجوز اشتراط منفعته، وما لا يجوز، وما يتعلّق بذلك ممّا يكثر فيه التّداعي بين المتراهنين.

الرّهن توثيقٌ بحقّ المرتهن ... وإن حوى قابل غيبةٍ ضمن

ما لم تقم له عليه بيّنه ... لما جرى في شأنه معيّنه

وإن يكن عند أمينٍ وقفا ... فلا ضمان فيه مهما تلفا

اشتمل البيتان الأوّلان على مسألتين الأولى: حدّ الرّهن وقد تقدّم أنّه مالٌ قبض توثّقًا به في دينٍ، الثّانية أنّ الرّهن إذا كان ممّا يغاب عليه وكان تحت يد المرتهن وادّعى ضياعه فإنّه يضمنه إلاّ إذا قامت بيّنةٌ على هلاكه بغير سببه فلا يضمنه على المشهور، وقيل يضمنه وهما مبنيّان على القولين في كون الضّمان ضمان تهمةٍ أو ضمان أصالة، ومفهوم قوله: قابل غيبة: أنّه إن كان ممّا يغاب عليه؛ فلا يضمنه وهو كذلك. واشتمل البيت الثّالث على مسألة وهي أنّ الرّهن إذا كان تحت يد أمينٍ فتلف فلا ضمان على المرتهن أيضًا، وعلى ذلك نبّه بقوله: وإن يكن عند أمينٍ وقفا البيت ابن يونس: قال مالكٌ: وما قبضه المرتهن من رهنٍ غاب عليه فضاع فإنّه يضمنه (إلاّ أن يقيم بيّنةً) على هلاكه من غير سببه. قال المتيطيّ: هذا

قال في الآية مقبضة اسم مفعول الرباعي لكان دليله واضحًا وهو مع ذلك تابع لغيره وذلك لا يصحّ والعلم عند الله تعالى.

قوله: **(إلاّ أن يقيم بينة إلخ)** هذه عبارة التهذيب، وقد قال في المختصر في هذا ما نصّه: وضمنه مرتهن إن كان بيده ممّا يغاب عليه ولم تشهد بينة بكحرقه ولو شرط البراءة أو علم احتراق محله إلاّ ببقاء بعضه محرقًا أفتى بعدمه في العلم وإلاّ فلا، ولا اشترط ثبوته إلاّ أن يكذبه عدول في دعواه موت دابة وحلف فيما يغاب عليه أنه تلف بلا دلسة[٣٩] ولا يعلم موضعه ولفظ التهذيب بتمامه ما نصّه: وما وضع من رهن يغاب عليه أم لا على يد عدل فضمانه من الراهن، وما قبضه المرتهن من رهن لا يغاب عليه من ربع أو حيوان أو رقيق أو نحوه فالمرتهن مصدق فيه، ولا يضمن ما زعم أنه هلك أو عطب أو أبق أو دخله عيب، وأما ما يغاب عليه فالمرتهن يضمنه إذا قبضه إلاّ أن يقيم بينة على هلاكه من غير سببه بأمر من الله تعالى أو بتعد من أجنبي فذلك منه اهـ. المقصود منه بلفظه. وكتب عليه أبو الحسن ما نصّه قوله فضمانه من راهنه وإنما لم يضمن

---

(٣٩) دلسه: خداع أو خيانة.

قول ابن القاسم رواه عن مالك، وبه الحكم وعليه العمل ا هـ فقوله: من غير سببه يريد بأمرٍ من اللّه تعالى أو بتعدّي أجنبيٍّ فذلك من الرّاهن، وله طلب المتعدّي ابن الحاجب. وإنّ كان ممّا يغاب عليه كالحليّ والثّياب عند مؤتمنٍ فكالأوّل. التّوضيح: أي فالضّمان من

الأمين لأنه مودع عنده قاله ابن يونس. وقوله: فالمرتهن مصدق فيه معناه إن ضاع ابن يونس لقوله ﷺ: «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه»[٤٠] ومعناه له غلته، فرأى العلماء ذلك فيما لا يغاب عليه من الرباع والنخل والرقيق والحيوان لأن النخل تثمر والرقيق والحيوان ينتج وذلك للراهن فوجب أن يكون عليه ضمانه. ابن يونس: وكذلك الحكم في عارية ما لا يغاب عليه أنه من ربه لحديث الرهن، فقيس الرهن على العارية فيما يغاب عليه لحديث العارية وهو قول ﷺ في سلاح صفوان: «العارية مودعات»[٤١] وقيست العارية على الرهن فيما لا يغاب عليه لحديث الرهن لاشتباه الرهن والعارية لأن منفعتهما للقابض، بخلاف الوديعة التي منفعتها للمالك، قال بعض البغداديين: وهي حجتنا في الرهن على أبي حنيفة في إيجاب ضمان الجميع، وعلى الشافعي في إسقاط ضمان الجميع. الشيخ: فالقابضون لمال غيرهم ثلاثة: قابض لمنفعة نفسه كالمشتري والمتعدي، وقابض لمنفعة ربه لا غير كالمودع، وقابض لمنفعتهما كالمرتهن. وقوله: فالمرتهن مصدق فيه. قال ابن يونس: وحكي عن بعض فقهاء القرويين أنه قال: لا بدّ من يمينه كان متهمًا أم لا، وكذلك في عارية ما لا يغاب عليه أو كان شراؤه إياه بالخيار وضمان الشيء المستأجر، قال: وذلك أن هذه الأشياء إنما أخذها لمنفعة نفسه وهي تخالف الوديعة التي لا منفعة له فيها انتهى بلفظه. ثم قال: وفي القراض إنما يحلف المتهم لأن منفعة العامل إنما هي الربح وهي غير محققة. ثم حكى خلافًا في المسألة. ونقل عن بعضهم أنه يحلف المتهم لقد ضاع وما فرطت وما تعديت وغير المتهم ما فرطت وما ضيعت إلخ وهذا كله منه بلفظه. وفي ابن الناظم كثير من هذا. وقوله: لأن منفعتهما للقابض أي ولغيره وهو الدافع بدليل قوله بعده: وقابض لمنفعتهما كالمرتهن، وقد علم منه أن بيع الخيار والعواري والرهان هي من باب واحد في الضمان وعدمه كان ممّا يغاب عليه أو لا، وإلى هذا التفصيل في بيع الخيار أشار في المختصر بقوله: والضمان منه

---

(٤٠) [حديث ضعيف]: أخرجه موصولاً: ابن ماجه (٢٤٤١)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥١)، والدارقطني في سننه (٢٨٩٦، ٢٨٩٧، ٢٨٩٨، ٢٨٩٩، ٢٩٠٠، ٢٩٠١، ٢٩٠٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٣٩، ٤٠) كلهم من حديث أبي هريرة موصولاً وضعفه الشيخ الألباني في ضعيف الجامع (٦٣٥٧)، وأخرجه مرسلاً: مالك في الموطأ (١٤٧٦)، والشافعي (٣٢٤)، والدارقطني في سننه (٢٩٠٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٣٩)، وقال الشيخ الألباني في الإرواء (٦/ ١٤٠٦) مرسل.

(٤١) [حديث صحيح]: أخرجه أبو داود (٣٥٦٢، ٣٥٦٣، ٣٥٦٤)، وأحمد في المسند (٦/ ٤٦٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٨٩، ٩٠)، والطبراني في الكبري (٧٣٣٩)، وصححه الشيخ الألباني في السلسلة الصحيحة (٦٣١)، وفي الباب عن أبي أمامة أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥)، وأحمد في المسند (٥/ ٢٦٧)، وعبد الرزاق في المصنف (١٤٧٩٦، ١٦٣٠٨)، والطبراني في الكبير (٧٦١٥، ٧٦٢١)، وابن حبان في صحيحه (٥٠٩٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٨٨)، وفي الباب أيضًا عن يعلى ابن أمية، أخرجه أبو داود (٣٥٦٦)، وأحمد في المسند (٤/ ٢٢٢)، وابن حبان في صحيحه (٤٧٢٠).

الرّاهن ا هـ وفاعل حوى للمرتهن ومعنى حواه: ضمّه وكان تحت يده. وقابل: صفةٌ لمحذوف أي: رهنًا قابل غيبة. وفاعل ضمن للمرتهن أيضًا، و«ما» ظرفيّةٌ مصدريّةٌ، وضمير له للمرتّهن أيضًا، وضمير علّيه: للرّهن وبيّنةٌ فاعل تقم ومعيّنةٌ: صفةٌ لبيّنة ولما جرى متعلّقٌ بمعيّنة، واسم يكن: للرّهن، وجملة وقفا: خبر يكن، وعند: يتعلّق بوقفا. فرعٌ: قال مالكٌ: وإذا غرم المتعدّي القيمة فأحبّ ما فيه إن أتى الرّاهن برهنٍ ثقة مكان ذلك الرّهن أخذ القيمة وإلاّ جعلت هذه القيمة رهنًا وطبع عليها. قال: (وما قبضه المرتهن من رهنٍ لا يغاب عليه من ربعٍ أو حيوانٍ أو رقيقٍ فالمرتهن مصدّقٌ فيه)، ولا يضمن ما زعم أنّه هلكَ أو عطب أو أبق أو دخله عيبٌ، ويكون ضمانه من الرّاهن. وفي المقرّب: وما كان من العروض كلّها الّتي يغاب عليها إذا جعلت رهنًا على يد من ارتضياه فهلك فهو من الرّاهن. قال ابن يونس: لبيان براءة المرتهن: ولم يضمن الأمين؛ لأنّه مؤتمنٌ، وإنّما قبضه لمنفعة غيره كالمودع. (فرعٌ: قال اللّخميّ): إن اختلفا فدعا أحدهما إلى كونه عند المرتهن والآخر إلى أن يكون على يد عدل كان القول قول من دعا إلى العدل، وهو قول ابن القاسم في العتبيّة؛ لأنّ المراد من الرّهن: التّوثّق، وهو يحصل بكونه على يد عدل إلاّ أن تكون العادة تسليمه إلى يد المرتهن، فإن لم تكن عادةٌ كان للرّاهن أن لا يسلّمه إليه؛ لأنّه يقول: لا آمنك عليه. وللمرتهن أن لا يقبضه لأنّه يقول: عليّ في قبضه مضرّةٌ أضمنه إن كان ممّا يغاب عليه وأتكلّف حفظه إن كان حيوانًا. قال الشّارح: فعلى هذا إن كان الرّهن أصلاً ممّا

وحلف مشتر إلاّ أن يظهر كذبه أو يغاب عليه إلا ببينة، فقوله: وحلف مشتر إلخ هو فيما لا يغاب عليه وحلفه دال على تصديقه. وقوله: أو يغاب عليه إلخ هو فيما يغاب عليه. وقوله: إلاّ أن يظهر كذبه هو كقوله في الرهن إلاّ أن يكذبه عدول إلخ. وربما يكون ما في الرهن أوضح في التعبير. وقوله في الرهن: ولو اشترط ثبوته يجري في بيع الخيار، وكذا قوله في الرهن. وحلف فيما يغاب عليه إلخ فالرهن والمبيع بالخيار متحدان في الحكم، ولكن صاحب المختصر زاد في محل ما لم يذكره في غيره كما رأيت اتكالاً على العلم باتحاد حكميهما، وظاهر كلامه أنه لا فرق بين متهم وغيره وهو كذلك، وكذا العارية هي معهما كالشيء الواحد في الحكم، وقد قال في فصلها صاحب المختصر وضمن المغيب عليه إلاّ ببينة وهل وإن شرط نفيه تردد لا غيره ولو بشرط وحلف فيما علم أنه بلا سببه كسوس أنه ما فرط إلخ، وإن وقفت على شرحنا في المواضع الثلاثة ظهر لك سر ما أشرنا إليه غاية، ووجه حكاية هذا الخلاف الذي عبّر عنه بالتردد في العارية فقط، وزيادة قوله فيما علم أنه بلا سببه، وقوله في الرهن: ولا يعلم موضعه إلخ. وهذه فائدة جليلة اشتملت على أمور جزيلة فافهمها تعنك على هذه الأبواب باعتبار الضمان وعدمه. وأما الشيء المستأجر فانظر عند قول المختصر: وهو أمين إلخ في كتاب الإجارة، ومسألة القراض عند قوله: والقول للعامل آخر بابه. قوله: **(وما قبضه المرتهن إلى قوله: فالمرتهن مصدق فيه)** أي مع يمينه كما رأيته وكان من حق هذا الشارح بيان ذلك ولكن تبع ابن النّاظم في عدم ذلك على عادته مع

لا يضمن ولا يتكلّف حفظه يلزم المرتهن قبضه وإن لم تكن هناك عادةً (مع أنّ في قول اللّخمي) إلاّ أن تكون العادة تسليمه للمرتهن بحثًا؛ لأنّه ما أبداه من حجّة المرتهن في عدم قبضه واضحةٌ فكيف تردّ عليه بعادة غيره فليتأمّل ا هـ. والجواب - والله أعلم -: أنّه إن دخلا على المساكتة ولم يبيّنا عند من يكون الرّهن فيرجع للعادة؛ لأنّها كالشّرط وإن امتنع ابتداءً، وذكر عذره في عدم قبضه فإنّه لا يلزمه قبضه عند أمينٍ؛ لأنّ القول قول من دعا إليه كما تقدّم.

والحوز من تمامه وإن حصل ولو معارًا عند راهنٍ بطل

يعني (أنّ الحوز من تمام الرّهن) ولا يصحّ إلاّ به، فكذلك إذا عاد ليد راهنه بأيّ وجه فرضٍ بطل ابن يونس: قال الله تعالى: ﴿فرهانٌ مقبوضةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣] فلزم بهذا استدامة القبض وهو شرطٌ في صحّته، فمتى عاد إلى الرّاهن بوجهٍ ما بطل كالابتداء، قال ابن القاسم: من ارتهن رهنًا فقبضه ثمّ أودعه عند الرّاهن، أو آجره منه، أو أعاره إيّاه، أو ردّه إليه بأيّ وجه حتّى يكون الرّاهن هو الحائز له فقد خرج من الرّهن قال ابن القاسم وأشهب: ثمّ إن قام المرتهن بردّه قضي لهم بذلك ما لم يدخله فوتٌ من تحبيسٍ أو عتقٍ أو تدبيرٍ أو بيعٍ، أو قام غرماؤه. وفي المقرّب: وإن استعاره منه الرّاهن ثمّ استحدث دينًا أو مات قبل أن يقدم المرتهن كان أسوة الغرماء وفيه قال ابن القاسم: ومن ارتهن دارًا ثمّ أذن للرّاهن أن يسكنها أو يكريها فقد خرجت من الرّهن، (وإن لم يسكن ولم يكر) ابن حارث: اتّفقوا على أنّه لا يتمّ إلاّ بقبضه، فإن تراخى بقبضه إلى قيام الغرماء بطل ولو كان جادًّا في طلبه. فرعٌ: إذا وجد الرّهن بيد المرتهن بعد موت راهنه فيقبل قوله: حزته في

أن عبارته فيها مادة التصديق وهي عندهم تدل على عدم اليمين. قوله: **(الحوز من تمام الرهن إلخ)** عبارة ابن عرفة في هذا ما نصّه: وقبضه شرط خاصته وهي اختصاص المرتهن به إلخ. والحاصل القبض شرط في اختصاص المرتهن بالرهن لا أنه من تتمته إذ تام بلا قبض بدليل رهن الآبق، لكن إن قبضه قبل المانع اختصّ به المرتهن وإلاّ فهو أسوة الغرماء وإن وجد في قبضه، هذا مذهب مالك وبيّناه صدر كتاب الرهن. قوله: **(وإن لم يسكن ولم يكر)** صحيح وقد لخصنا في الشرح أن الإذن في إسكان الدار أو إكرائها مبطل للرهن وقع إسكان أو إكراه أو لم يقع، وأما الإذن في الوطء فلا يبطل به الرهن إلاّ إذا وقع الوطء بالفعل لأن الأمة بيان بها، ولا مستند لمن خالف في الوطء كابن الحاجب وغيره ممّن تبعه، وكذا صاحب التوضيح ومن تبعه واحتجاجه غير ظاهر، والعجب من الحطاب حيث تبعه في ذلك، وصاحب المختصر كأنه خالف ما في توضيحه، وابن الحاجب حيث قال: وبإذنه في وطء أو إسكان أو إجارة، ولو لم يسكن حيث لم يقل، ولو لم يفعل الشامل لمسألة الوطء، وبيّنا في الشرح وجه اقتصاره على قوله: ولو لم يسكن وهل هو من أسكن الرباعي أو من سكن الثلاثي وإن هذا الإذن في غير الوطء إذا كان يبطل به الرهن لو لم

صحّتـه، وكذلك الهبة. المواّق: وعن عـبد الملك: لا ينفع ذلك حتّى تعلم البـيّنة أنّه حازه قبل الموت أو الفلس. قال أبو مـحمّد: صوابه لا ينفعه إلاّ بمعايـنة الحوز ابن رشد: يجري هذا الخلاف في الصّـدقة توجد بيد المتَـصدّق عليه بعـد موت المتصدّق فـيدّعي قبضَـها في صحّته، وفي المدوّنة دليل القولين جميعًا. الباجيّ: عندي لو ثبت أنّه وجده بيده قبل الموت أو الفلس كان رهنًا وإن لم يحضروا الحيازة، لأنّه قد صـار مقبوضًا وكذلك الصّدقة. اهـ. وهذا هو القول بالاكتفاء بالحوز ابـن يونس. قال ابن الموّاز: صوابه لا ينفع إلاّ بمعاينة البيّنة الحوز بعد الارتهـان. وفي التّوضيح عن اللّخميّ: إذ لا بدّ من معـاينة البيّنة لقبض المرتهن وهذا هو القول بأنّه لا يكفي إلاّ التّـحويز، (والفرق بينهـما) أنّ الحوز رفع مبـاشرة الرّاهن

يقع ما أذن فيه فإن ذلك يمنعـه من أخذ الرهن فقف على ذلك إن شئت، وأن المراد بالكراء هنا أو الإجارة فيمـا لا بيان به إلى غير ذلك كذكر الخلاف في هذه المسـائل الصعاب. قوله: **(فرع: قال اللخمي إلخ)** هذا قال فيه صـاحب المختصر والقول لطالب تجويزه لأمين وفي تعـيينه نظر الحاكم إلخ. قوله: **(مع أن في قول اللخمي إلخ)** كلام اللخمي إنما هو حيث دخـلا في البيع مثلاً على رهن كذا ولم يعـينا عند من يكون ثم اختلفـا عند من يكون، وإنما غلبت العادة لأنها كـالشرط، وعلم الراهن بالعـادة غالبًا مع سكوته عند العـقد يدل على رضـاه بما جرت به العادة، ومـا قاله اللخمي اختاره صاحب الناحب على ابن الحاجب، والقواعد دالة على أن العرف كالشرط، وكلام التوضيح حـسن حيث قال ما نصّـه: إن وقع الشرط على أن يكون بيد المرتهن أو بيـد عدل عمل عليه وإلاّ قبض ابن القـاسم في العتبية أن القـول قول من دعا إلى وضعه بيـد العدل، أما الراهن فإنه قـد يكره حيازة المرتهن خـوف أن يدعي ضياعه، وأمـا المرتهن فلأنه يدفع عن نفسـه حفظه، والضمان على تقدير هلاكه إن كان ممّا يغـاب عليه، ونصّ اللخمي على أنه إذا كانت العادة تسليم الرهن للمرتهـن أنه يقضى له بذلك كالشـرط إلخ فانظره فـهو ظاهر فيـما ترومه من حـمل كلام اللخمي عـلى ما أشرنا إليـه، وهو الذي يرجع إليه قـول هذا الشارح آخـرًا والجواب إلخ. ويدل لذلك أيضًا قـول اللخمي: إن اختلفا فـرأى أحدهما إلى كونه عند المرتهن إلخ فـافهم وانظر عند قول صاحب المخـتصر وأجبر عليه إن شـرط ببيع وعين إلخ. قوله: **(والفرق بينهما)** هذا يحتاج إلى كلام طويل، فقال ابن عـرفة ما نصّه: ولما كان الحوز رفع مبـاشرة الراهن التصرف في الرهن صحّ بيـد من لا تسلط للراهن على مـا في يده وبطل في غـره. ابن شاس: يصح حـوز مكاتب الراهن رهنه لمرتهنه إلخ. وإنما زدنا كلام ابن شـاس ليفهم منه ما أشرنا إليه. ابن عـرفة: وقال أبو الحسن على المدونة ما نصّـه: الحوز هو القبض والقبض هو الحوز. إلخ. وقال غـيره ممّن يكثر عدّه وعليه قال في التوضيح على قول ابن الحاجب: الرهن إعطاء إلى آخـر ما تقدم ما نصّه، نبّه بقوله إعطاء على الإقباض لأن الرهن لا يتم بمجرد القـبض حتى يكون المالك هو الذي أقبضه إياه وأذن له في القـبض، فلو تولى المرتهن القبض دون إقـباض مالكـه أو إذنه لم يكن رهنًا بخلاف الهـبة والصدقة لأنه تعالى وصف الرهان بكونه مقبوضة، ولفظ مقبوضة يقتضي قابضًا ومقبوضًا منه إلخ وهذا منه بنصه، وتبـعه شراحـه على ذلك، فقوله: فلو تولـى إلخ ظاهر في أن ذلك هو الحوز،

التّصرّف في الرّهن، والتّحـويز هو تسليم العطيّة أو الرّهن من المعطي أو الرّاهن لمن ثبت له ذلك. الرّصّاع: والصّحيح أنّ الرّهـن يشترط فيه التّحويز، ولا يكفي الحـوز بخلاف غيره. اهـ. ولذلك يكتب في وثيقة الرّهن وبسط يده على حوز الرّهن فـحازه معاينةً، ولا يحتاج

وأما استدلاله ففيه شيء فإن القبض المراد به هو جعل الشيء في حوز الإنسان وتحت يده، ولو لم يحضر ربه فالقبض لا يستلزم مقبوضًا منه وإنما يستلزم قـابضًا ومقبوضًا، فإن العبد إذا لقيه المرتهن وأخذ بيده وذهب يـقال فيه قبض ولم يحـضر ربه أصلاً. وقد قـال في المختصر: وقـبض العقار بالتخلية وغيره بالعرف. قال ابن الحاجب: ويصحّ الرهن قبل القبض ولا يتم إلاَّ به ويجبر الراهن عليه إن كان مـعينًا، فإن تراخى القبض إلى الفلس أو الموت بطل اتفـاقًا، ولو كان مجدًا وقـبضه كقبض المبـيع إلخ. فأنت تراه عبّر بالقبض عن الحـوز وغيره عبر في هذا بالحـوز. وقال المتيطي: وتصيـر الأصول في الدين جائزًا إلاَّ أنه يفتـقر إلى القبض الناجز حين العـقد فإن تأخر عنـه فسد إلخ. وتوقف الشيخ مـيارة بيّنا عدم إصابـته في ذلك. وفي المختصـر: وإنما ينتقل ضمان الفـاسد بالقبض وفـيه وحيز بجمـيعه إن بقي إلخ. وفي المختـصر مسائل كـثيرة من هذا تبعًـا لغيره، ولم يشترط أحـد في اعتبار هذا القـبض أن يكون من مقبوض منه، والمسألة محالة على العـرف كما رأيتها في المختصر وعرف الناس يقولون قـبض فلان وحشا ونحو ذلك ولا مقبوض منه في هذا. والحاصل الحوز والقبـض شيء واحد، وكلامنا في الشرح كاف في هذه المسألة لمن نظر أنقـالنا فيه عن الفحول، ومـعنى ذلك أن يكون عنده وأن يضمه إليه بحسب الـعرف في القبض عند الناس، وأما التحويز فـهو كما قال القلشاني ما نصّـه: المشهور اشتراط التحويـز في حيازة الرهن، ومعنى التحويز أن تكون الحـيازة بإذن الراهن والشاذ عدم اشتـراطه كالمشهور في الهبـة والفرق بقاء ملك الراهن إلخ. وهو في الحقـيقة مأخـوذ من كلام ابن عرفـة هنا. وفي باب الهبة إذ قال مـا نصّه: والمذهب لغو التحويز في هباتها إن قبض الموهوب له الهبـة بغير إذن الواهب جاز قبضه إذ يقضى عليه بذلك إن منعـه. وقول ابن عبد السـلام: ويشترط إذن الواهب على القول الشـاذ بعدم لزوم الهبة بالعـقد هو مفهوم تـعليلها. وقوله: ولا يبعد تخـريجه على المشهور من افـتقار الرهن لإذن الراهن يرد بقـوة بقاء ملك الراهـن اهـ. بلفظه. وانظر قولـه: أن قبض إلخ فـإنه دالّ لما قلنا في الحوز، وكـان التحويز لفـلان هو جعلها فـي حوزه وحوزه هو قـبضه وأن يكون بيـده، قال ابن سلمون: والـعمل على أنه إذا وجد الرهـن بيد المرتهن فهـو حوز له إلخ. وهذه عـبارة الفـحول الباجي وابن شاس وغيرهمـا. وصاحب المختصر قال في هذه الأمور: والحوز بعـد مانعه لا يفيد ولو شهد الأمين وهل تكفي بينة قبله وبه عمل أو التحويز وفـيها دليلهما. فقوله: والحوز إلخ أي دعوى الحوز كما لا يخفى أي إذا وجد بيده بعد المانعـه وقال حزته قبله فلا عبرة بقوله ولا يصدق في ذلك ولو وافـقه من له الرهن على ذلك. وقـوله: وهل تكفي بينة على الحـوز قبله أي قـبل المانع. وقـوله: أو التحـويز هذا هو الراجح وهو مـعاينة البـينة التـحويز قـبل المانع أي لا بدّ من الأمرين معاينة البينة، وأن يكون ما تعاينه تحـويزًا لا حوزًا وقد علمت الفرق بينهما. وقد قال في المجالس للمكناسي مـا نصّه: ولا تنفع البينة في الرهن أنه قـبضه وحازه قـبل قيام الغرمـاء حتى

ذلك في وثيقة الهبة والصّدقة، (وكتبه فيهما من جهل الموثّق) وإلى ذلك أشرنا بقولنا في تكميل المنهج.

والقبض في غير الرّهان كاف وفيه الإقباض على خلاف

لذاك قالوا في رسوم الرّهن قطّ يدًا على الحوز لرهنٍ قد بسط

وكتبه في غيره دلّ على جهل الموثّق كذاك نقلا

تشهد أنه قبضه وحازه بأمر الراهن وإذنه اهـ. وفي الرصاع: والصحيح أن المرتهن يشترط فيه التحويز، ويدل لذلك أيضًا كلام التوضيح المتقدم، وكلام ابن عرفة رأيته دالاً على ذلك، ولذلك قال في المختصر في الهبة: وحيز وإن بلا إذن فالحوز بلا إذن هو كفاية الحوز دون التحويز، وهذا في الهبة صحيح وهو المذهب، وأما الرهن فلا بدّ من التحويز بعاين، والفرق بقاء الملك للراهن في رهنه، ولا كذلك الهبة والصدقة فإنه ينتقل الملك بنفس الهبة للموهوب له، ولذلك الموثق في الرهن يكتب وبسط يده على الحوز إلخ، وبسط يده للحوز هو إذن في الحوز، وفي الرسالة: ولا تتم هبة ولا حبس ولا صدقة إلاَّ بالحيازة، وقال في الرهن: لا يتم إلاَّ بالحيازة، ولا تنفع الشهادة في حيازته إلاَّ بمعاينة البينة وفي ذلك ما لا يخفاك. وفهم من كلام ابن عرفة وغيره أن الهبة يملكها المعطى له بنفس الهبة وقبولها وهو كذلك، انظره عند قول المتن: وحين إلخ صدر الهبة، وكذا اللزوم فإنها لازمة بالقول على المذهب وعليه يترتب قوله: وحيز وإن بلا إذن أي بعد القبول، انظر شرحنا في المحل المذكور ولا بدّ، وفي ابن شاس في الهبة ما نصّه: وإنما الحوز شرط في التمام والاستقرار في الصحة واللزوم إذا ثبتا بوجود السبب ولذلك يجبر الواهب عليه ويحصل من غير تحويزه، بل لا يعتبر علمه به فضلاً عن إذنه فيه، ولو علم لم يشترط رضاه لأنه لو منعه قضي عليه به إلخ وهذا منه بلفظه. واختصرها ابن الحاجب تابعًا له فيه. ولما ذكر ابن سهل ما يشترط فيه الحيازة من أنواع العطايا ذكر الرهن قائلاً: وهو أوكدها أي في الحوز، ووجه الأوكدية تفهمه ممّا تقدم، وبهذا كله تعرف ما عند هذا الشارح. وكلام ابن عرفة في رسم الحوز لا ينافي ما ذكرناه، وجميع ما ذكرنا ملخصه الحوز والقبض مترادفان، والتحويز هو الإقباض أو الإذن في القبض، فإذا لم تكن بينة على حوز ولا تحويز إلى أن وقع ما وقع بطل الرهن مطلقًا وإن قامت بينة على الحوز قبله فكذلك على الراجح وفيه خلاف قوي، وما ذكر فيه من العمل لعله لم يعمّ بدليل قوله: وعمل ولم يقل وبه العمل مثلاً، وإن قامت بينة قبله على التحويز عمل به. قوله: **(وكتبه فيهما من جهل الموثق)** إلى آخر كلامه بنظمه، قال كاتبه عفا الله عنه: وتقبل منه ليس هذا بجهل، وكلام الموثقين مبني على قطع النزاع والخروج من الخلاف كما ذكروه في كتب الموثق بإذنه في مسألة الضمان الآتية في قول النظم في الباب الذي يلي هذا أعني باب الضمان، ولا اعتبار يرضا من ضمنا، وعليه مرّ هذا الشارح هناك، وتراه إن شاء الله تعالى حين نصل إليه إن شاء الله تعالى وصولنا إليه، والخلاف في مسألة الهبة موجود وهو قول ابن عرفة. وقول ابن عبد السلام

(فرعٌ: إذا كان الرّهن) بيد من هو من الرّاهن بسبب كمدبّره وأمّ ولده وزوجته وعبده وولده الصّغير فالاتّفاق على لغو حوزهم، وأمّا مثل ولده الكبير ومكاتبه وما أشبههما ممّا يختلف فيه حسبما يظهر من النّقول. قال ابن عرفة: ولمّا كان الحوز رفع مباشرة الرّاهن التّصرّف في الرّهن صحّ بيد من لا تسلّط للرّاهن على ما في يده، وبطل في غيره. ابن شاسٍ: يصحّ حوز مكاتب الرّاهن رهنه لمرتهنه.

فرعٌ: ومن هذا المعنى قول مثلها الثّالث: إن كان لك على رجلٍ طعام سلمٍ حلّ فلا ينبغي أن يوكّل على قبضه منه عبده ومدبّره وأمّ ولده وزوجته أو صغار بنيه. وهو كتوكيلك إيّاه فلا تبعه بذلك القبض، ولك أن تبيعه بقبض الكبير من ولده البائن عنه ا هـ من الشّارح.

فرعٌ: قال في الباب الثّامن والعشرين من القسم الثّاني من تبصرة ابن فرحونٍ مسألةٌ في الطّرر: ولا يجوز للمرتهن أن يكري الرّهن من قريب الرّاهن، ولا لأحدٍ من سببه، ولا لصديقه الملاطف، ولا لأحد يتّهم أن يكون اكترى ذلك لربّ الدّار، فإنّ أكراه لأحد من هؤلاء ثمّ أكراه لصاحب الدّار خرج الرّهن عن أن يكون رهنًا للتّهمة الدّاخلة فيه من إجّارته ممّن يتّهم عليه ونحوه في كتاب الرّهن من المتيطيّة. ا هـ وفهم من قوله فإن أكراه من أحد من هؤلاء. إلخ أنّ المرتهن إذا أكراه لأجنبيٍّ من الرّاهن ثمّ أكراه ذلك الأجنبيّ من الرّاهنَ فإنّ ذلك لا يبطل، وبهذا رأينا العمل.

والعقد فيه لمساقاةٍ وما أشبهها حوزٌ وإن تقدّما

يعني أنّ عقد المساقاة وما أشبهها من إجارةٍ أو كراءٍ للرّهن حوزٌ للمرتهن، فمن ارتهن شيئًا ثمّ عقد فيه من راهنه مساقاةً أو كراءً وما أشبه ذلك من سائر العقود فإنّ ذلك حوزٌ له

يشترط إذن الواهب إلخ، وكونها لا تلزم بالقول هو مذهب أهل العراق كما في نقل أبي الحسن وغيره، ونقلناه عند قول المتن في الهبة وحيز إلخ.

قوله: **(فرع: إذا كان الرهن إلخ)** هذا قال فيه في المختصر: وصحّ توكيل مكاتب الرهن في حوزه وكذا أخوه على الأصحّ لا محجوره ورقيقه إلخ، ودخل في محجوره ولده الصغير ذكرًا كان أو أنثى، والولد الكبير إذا كان حاجزًا له ويتيمه ودخل في رقيقه أم ولده والقن مطلقًا وإن كان مأذونًا له في التجارة والابن الرشيد والأجير كالمكاتب والزوجة فيها خلاف قوي، لكن مذهب ابن القاسم أنها لا تجوز، وإن كان حوزها هو الذي يظهر ترجيحه، ومع ذلك لم يتحصل لي فيها ما أتقلده وأتحمله، ولكن انظر كلامهم في الشرح والمدبر والمعتق إلى أجل داخلان في قوله: ورقيقه، وقد علّلوا حوز المكاتب بأنه أحرز نفسه وماله فانظر عليه المبعض مع أنه يخدم سيده في الجملة، ولا كذلك المكاتب فإنه لا يخدم أصلاً فقد أحرز نفسه، ولا كذلك المبعض، وفي كلام الحطاب وغيره شيء فافهم هذه الفائدة المشار إليها إجمالاً.

سواءٌ تأخّر عـقد المساقاة ونحـوها عن الرّهن - كما ذكر - أو تقدّم عـقد ذلك على الرّهن كأن يكون في يده حائط مـساقاة، أو دارٌ مكتراةٌ[٤٢] ثمّ يرتهن ذلك من ربّه فإنّ ذلك حوزٌ له أيضًا. وعلى ذلك نبّه بقوله: "وإن تقدّما أي عقد المساقاة ونحوها على الرّهن. أمّا المسألة الثّانية وهي تقدّم عقد المساقـاة ونحوها على الرّهن فقال ابن الحاجب: ويصحّ رهن المساقاة والمستأجر للمستأجر وغيره. التّوضيح. يعني إذا دفع رجلٌ حائط مساقاة لرجلٍ فإنّه يجوز له أن يرهن ذلك الحائط، وكـذا يصحّ رهن الشّيء المستـأجر لمن هو في إجارته وغـيره. وفي الجلاب من آجـر داره من رجلٍ ثمّ رهنها منه فلا بأس بذلك، وكـذلك لو آجرها من رجلٍ ثمّ رهنها من غـيره فلا بأس بذلك، وكـذلك من ساقى حائطه مـن رجلٍ ثمّ رهنه منه فلا بأس. ونقل عن ابن يونس أنّ مـذهب ابن القاسم أنّه يجـوز للرّجل أن يرتهن ما هـو بيده بإجارة أو مـساقاة ويكون ذلك حـوزًا للمرتهن. وأمّا المسألـة الأولى وهي تقدّم الرّهن على المساقاة ونحـوها "(فلم أقف الآن فيه على نصٍّ صريحٍ) وظهر مس كـلام الشّارح أنّه أحرى؛ لأنّه إذا كان عقد المساقاة المتقدّم على الرّهن حوزًا للمـرتهن فأحرى عقد المساقاة المتأخّر عن الرّهن أن يكون حوزًا للمرتهن، ولذلك غـيًّا النّاظم بتقدّم المساقـاة وغيرها على الرّهن لأنّه محلّ خلاف. ولفظ الشّارح وقول الشّيخ: وإن تقدّما هو في مساق الغاية للخلاف الّذي في كون العقد سابقًا ا هـ.

والشّـــرط أن يـكون مـــا يرتـهن	ممّا به اســتــيــفــاء حـقٍّ يمكن
فــخــارجٌ كــالخــمــر باتّفــاق	وداخلٌ كـــالعــبــد ذي الإباق

قوله: **(فلم أقف فيه الآن على نص صريح)** قال صاحب المختصر في هذا ما نصّه: والمستأجر والمساقي وحوزهما الأول كاف أي صلح رهن المستأجر المساقي، والصور هنا أصلها أربع مساقي وعين مستأجرة، والعامل والمستأجـر إما مرتهن أو أجنبي، والارتهان إما متأخر عن المساقاة والاستئجار أو سابق عنهما، فذلك ثمان صور، ففي الكافي ما نصّه: ومن ساقى حائطه من رجل ثم رهنه غيره فلا بأس به، وينبغي للمرتهن أن يستخلف مع العامل في الحائط غيره اهـ. بلفظه. ونقله ابن عـرفة عن الجلاب وسلمـه. وقوله ينبـغي يظهر منه أنه إن لم يفـعل لم يبطل الرهن إذ المندوب لا تبطل به العقود، والأصل في لفظ ينبـغي عدم الوجـوب، والمستأجـر يجري مـجرى المساقـاة كما قرنهـما في العتبـية في هذا بنفسه. وقـال ابن عرفة في هذا ما نصّـه: ورهن ما هو مؤاجـر في تقرر حوزه لمرتهنه بكـونه بيد من استـأجره ولغوه. ثالثـها هذا إن لم يرض المستـأجر بحوزه لمرتهنه إلاّ أن يجعل المرتهن يده معه. اللخمي عن ابن نافع: ورواية مـحمد واختياره ناقلاً عن ابن القاسم إلخ فنسب لابـن نافع الإجزاء مطلقًا رضي بحـوزه المرتهن أم لا، وهو قريب من كلام الجـلاب والكافي المتقدم. وقـال الباجي: ومن ارتهن حائطًا فـجعل على يد المساقي فـيه أو

---

(٤٢) مكتراه: مستأجره.

يعني أنّه يشترط في الرّهن (أن يكون ممّا يمكن أن يستوفى منه) الحقّ الّذي رهن فيه سواءٌ أمكن الاستيفاء من عينه كالدّنانير والدّراهم وكالمثليّات إذا ارتهنت في مثلها وطبع عليها، أو من قيمته كرهن ثوب في دراهم، أو ثمن منافعه كرهن حائط في دين؛ فإنّه يمكن استيفاء الحقّ من ثمن غلّته، وأمّا ما لا يمكن استيفاء الحقّ منه كالخمر والخنزير فلا يصحّ

الأجير فليس برهن حتى يجعل على يدي غير من هو في الحائط، وليجعل المرتهن مع المساقي رجلاً يستخلفه أو يجعلانه على يدي من يرضيان به رواه ابن القاسم عن مالك في الموازية. وقال عبد الملك في المجموعة: إن كان رهنه نصفه لم يجز ذلك في الأجير والقيم وإن ان رهن جميعه فهو جائز إلخ. ثم علّل القولين بما يوقف عليه في الشرح. وقال ابن الحاجب: ويصحّ رهن المساقي والمشاع والمستأجر للمستأجر وغيره. ثم قال بعد كلام طويل ما نصّه: والحوز المتقدم لغير الراهن كالمتأخر وكتب عليه في التوضيح بعض مضمون كلام الباجي، وقال أيضًا: ومن المجموعة لابن القاسم يجوز للرجل أن يرتهن ما هو في يده بإجارة أو مساقاة ويكون ذلك حوزاً، ثم قال: ومقابله لمالك في الموازية من اكترى عبدًا أو داراً سنة أو أخذ حائطًا مساقاة ثم ارتهن شيئًا من ذلك قبل فراغ أجله لا يكون محوزاً للرهن لأنه محوز قبل ذلك بوجه آخر، قيل: فما الفرق بين هذا وفضلة الرهن وقد تقدم فيه حوز الأول؟ قال: هذا محوز عن صاحبه والأول هو باسم صاحبه في المساقاة والكراء إلخ. وبه تعرف أن ما يجري في الكراء يجري في المساقاة، وبالعكس إذا لم نقف على من فرق بينهما مع ذلك ومع كثرة ما نقلناه في المسألة وبتفهم هذا تفهم أن صاحب المختصر مرّ على الجواز في الصور كلها، وهذا هو الحق لأنه أطلق ولم يقيد بشيء فيحمل على إطلاقه، وبقول الناظم هنا وإن تقدم تفهم أن الحوز قبل الرهن أبعد من الصحة من الحوز بعده، وإذا فهمت هذا فقول الناظم: والعقد فيه إلخ العاقد في البيت المراد به غير المرتهن، وقوله فيه أي في الشيء المرهون وسمّاه مرهونًا باعتبار ما آل إليه الحال، والمعنى أن من عقد في الحائط مثلاً مساقاة ثم رهنه لغيره أن المرتهن لا يحتاج لحوز الحائط لكفاية يد العامل، ومن المعلوم أن العامل يقبض الحائط في الغالب أي فقبضه حوز للمرتهن، وكأنه قال العقد المصحوب للقبض وهذا في تأخر الرهن، وكذلك إذا تقدم الرهن ولم يحزه المرتهن ثم ساقاه من آخر وقبضه العامل فذلك القبض بمنزلة قبض المرتهن إلخ. والناظم أجحف في الجملة.

قوله: **(أن يكون ممّا يمكن أن يستوفى منه إلخ)** عبارة ابن شاس ما نصّه: وفيه أي الرهن أربعة أبواب: الأول: في أركانه وهي أربعة: المرهون والمرهون به والراهن وصيغة الرهن، والركن الأول المرهون شروطه أن يكون ممّا يمكن أن يستوفى منه أو من ثمنه أو من ثمن منافعه الدين الذي رهن به أو بعضه، ولا يشترط أن يكون عينًا فيصحّ رهن الدين ممّن هو عليه ومن غيره ولا يشترط فيه الإحراز بل يصحّ رهن المشاع إلخ وهذا منه بلفظه. وقال قبيل هذا ما نصّه كتاب الرهن ومعناه احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفي الحق من ثمنها أو ثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغريم، وفي تعبيره هنا بالعين ما لا يخفى لأن الدين عندنا يكون رهنًا كما ذكره هنا نفسه وهو تابع للغزالي في تعبيره بالعين، والدين عند الشافعية لا يكون رهنًا كما في وجيزه وقد أخرجه هو من

رهنه. وتعبيرهم بالإمكان ليدخل رهن العبد الآبق والبعير الشّارد فإنّه يمكن استيفاء الحقّ منه إذا ظفر به، ولا يمكن أن يستوفي منه إن لم يظفر به؛ لأنّ القاعدة أنّ كلّ ما يجوز بغير عوضٍ جاز فيه الغرر، وذلك كالطّلاق؛ فإنّه يجوز بعوضٍ وهو الخلع؛ ويجوز بغير عوضٍ فيجوز أن تخالعه بعبدٍ آبقٍ أو بعيرٍ شاردٍ، وكذلك الدّين سواءٌ كان من بيعٍ أو من سلفٍ يجوز أن يأخذ عنه وثيقة رهنٍ، ويجوز من غير رهنٍ، فيجوز في الرّهن الغرر؛ لأنّ غاية الأمر أنّه إذا لم يظفر بذلك يكون باع أو سلّف من غير رهنٍ، وذلك جائزٌ. قال ابن شاس: وشرطه أن يكون ممّا يمكن أن يستوفى منه، أو من ثمنه، أو ثمن منافعه الدّين الّذي رهن به أو بعضه. وفي المدوّنة لا يجوز لمسلمٍ أن يرتهن من ذمّيٍّ خمراً أو خنزيراً. قال أشهب: فإن قبضه ثمّ فلّس الذّمّيّ هو فيه أسوة الغرماء؛ لأنّه لم يجز في الأصل. وفي ابن يونس، وابن الموّاز يجوز ارتهان البعير الشّارد والعبد الآبق إن قبضه قبل موت صاحبه أو فلسه قال الشّارح: وظاهر إطلاق الشّيخ أنّ رهن ما لا يجوز بيعه للغرر كالآبق والشّارد، والتّمر قبل بدوّ صلاحه جائزٌ في القرض وبعد عقد البيع وفي عقد البيع، فأمّا جواز ذلك في القرض وبعد عقد البيع فقد حكى ذلك اللّخميّ وغيره، وأمّا في عقد البيع (ففيه خلافٌ) حكى ابن رشد أنّ المشهور جوازه قال: وهو ظاهر إطلاقات ابن القاسم في المدوّنة. وقال ابن عرفة المازريّ في رهن ما فيه غررٌ في عقد البيع قولان بناءً على أنّ للرّهن حظّاً من الثّمن أو لا والله أعلم. تتمّةٌ: وكما يشترط في الرّهن أن يكون ممّا يمكن استيفاء الحقّ منه كذلك يشترط في الرّاهن أن يكون ممّن يصحّ منه البيع. ابن شاس: يصحّ الرّهن ممّن يصحّ منه البيع فلا يرهن المحجور عليه ولا أحد الوصيّين إلاّ بإذن صاحبه.

وجاز في الرّهن اشتراط المنفعه ... إلاّ في الأشجار فكلٌّ منعه

إلاّ إذا النّفع لعامٍ عيّنا ... والبدو للصّلاح قد تبيّنا

وفي الّذي الدّين به من سلف ... وفي الّتي وقت اقتضائها خفي

العين، والدين لم يذكر المصنف رهنه هنا صراحة ولكن المصنف قال: الرهن بذل من له البيع ما يباع والدين يباع، ولكن قال في صدر الهبة عاطفًا على ما تجوز هبته ما نصّه: ودينًا وهو براء إن وهب لمن هو عليه وإلاّ فالكرهن أي للدين. وقول ابن شاس: بل يصحّ رهن المشاع هو قول المختصر وصحّ مشاع إلخ. والرهن كالضامن. وقد قال في المختصر: إن أمكن استيفاؤه من ضامنه وأما ما لا يمكن إلخ أي لا يمكن شرعًا كما لا يخفى. قوله: **(ففيه خلاف إلخ)** ذكر في المختصر أن رهن الجنين لا يجوز وهو قوله: لا كأحد الوصيين أو جلد ميتة أو جنين وخمر وإن لذمّيّ إلاّ أن تتخلل وإن تخمّر إهراقه بحاكم، وهذا كله إن وقع رهن الجنين في العقد، ومع ذلك ففي الجنين خلاف قوي بالجواز والمنع في العقد، وأما الثمرة قبل بدو صلاحها أو ظهورها فالراجح جواز رهنها أثناء العقد وإن كان في ذلك خلاف أيضًا، ورهن الغائب جائز أيضًا أثناء العقد كالآبق بل الغائب أحرى لجواز بيعه فافهم وانظر الشرح ولا بدّ.

يعني أنّه يجوز للمرتهن أن يشترط الانتفاع بالرّهن إن كان ممّا يجوز شرعًا مثل سكنى الدّار واعتمار الأرض وما أشبه ذلك إلاّ في ثلاثة أشياء: منفعة الأشجار على تفصيلٍ فيها وإلاّ إذا كان الدّين من سلف وإلاّ ما يختلف الانتفاع به باختلاف النّاس. فأمّا المسألة الأولى: وهي من ارتهن أشجارًا فلا يجوز اشتراط منفعتها وهي ثمارها لكون ذلك من بيع ما لم يخلق، وقد نهى النّبيّ ﷺ عن بيع ما لم يخلق[٤٣] إلاّ أن يكون النّفع لعامٍ عيّن. وقد بدا صلاح الثّمرة المتفع بها فإنّ ذلك جائزٌ لخروجه عن بيع ما لم يخلق وعن بيع الثّمرة قبل بدوّ صلاحها. المتيطيّ: من ارتهن أشجارًا واشترط ثمارها في ذلك العام فإن كان الرّهن في سلفٍ لم يجز، وإن كان عن بيعٍ والثّمرة قد طابت فذلك جائزٌ، ولو كانت سنتين أو أكثر لم يجز. وأمّا المسألة الثّانية: وهي إذا كان الدّين المرتهن فيه من سلف فلا يجوز اشتراط المنفعة أيضًا لأنّه سلفٌ جرّ نفعًا. قال المتيطيّ: ولا يجوز اشتراط المنفعة بالرّهن في السّلف كان ذلك في العقد أو بعده وهو في العقد سلفٌ بزيادة وبعد العقد هديّة مديان (وكذلك بعد العقد في البيع أيضًا. وأمّا المسألة الثّالثة) وهي إذا كان الرّهن ثيابًا أو حيوانًا ونحوهما ممّا يختلف الانتفاع به باختلاف النّاس فلا يجوز اشتراط منفعته، فربّ مرتهنٍ ثوبًا يسخّره ضعفي مرتهنٍ آخر ومستعمل دابّة كذلك، وربّ لابس ثوبٍ يومين أو ثلاثةً ينقص منه ما لا ينقص لو لبسه غيره عشرة أيّامٍ أو أكثر، وعن هذا المعنى عبّر بقوله:

قوله: **(وكذلك بعد العقد في البيع إلخ)** حاصل هذا لا صحة بعد العقد كانت العقدة بيعًا أو سلفًا لأن ذلك هدية مديان، وفي أثناء العقد عدم الصحة في السلف لأنه شرط منفعة في عقدة السلف وفي البيع الجواز، وملخصه المنع مطلقًا إلاّ في عقدة البيع بالجواز. قوله: **(وأما المسألة الثالثة إلخ)** ليس هذا هو المذهب بل المذهب أنه فرّق بين الثياب والحيوان والعقار وإن شرط المنفعة جائز في الجميع، قال في التوضيح على قول ابن الحاجب: إذا اشترط المرتهن منفعة مدة معينة جاز في البيع دون القرض لأنه إجارة ما نصّه هذا بيع السلعة بثمن سمّاه ويعمل الدابة مثلاً فلذلك جاز لأن المشهور جواز البيع والإجارة، وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين الحيوان وغيره وهو اختيار ابن القاسم وعلّله بأنه إجارة، وعن مالك أيضًا كقول ابن القاسم، وبه قال أشهب وأصبغ، قال في البيان: وكره ذلك مالك وظاهرها كراهة ذلك ابتداء، وكون هذا من باب البيع والإجارة هو في ابن يونس وأبي الحسن وهو ظاهر لا شك فيه. وفي المنتخب: وقال ابن القاسم وأنا لا أرى في هذا بأسًا في الحيوان وغيره إذا ضرب لذلك أجلاً لأنه إذا باعه سلعة بثمن سمّاه وبعمل هذه الدابة أو بلبس هذا الثوب فيصير بيعًا وكراء إلخ. وفي الجواهر: هذه إجارة وبيع. وعبارة

---

(٤٣) [حديث صحيح]: أخرجه مسلم (١٥٣٦)، وأبو داود (٣٣٧٤)، والنسائي (٤٥٤٢)، وابن ماجه (٢٢١٨)، وأحمد في المسند (٣/٣٠٩)، وابن حبان في صحيحه (٤٩٩٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/٣٠٢، ٣٠٦) بلفظ «نهى عن بيع السنين» وبيع السنين هو بيع الشجر سنتين وثلاثًا فصاعدًا قبل أن تظهر ثماره وهو باطل إجماعًا لأن بيع ما لم يخلق.

وفي الّتي وقت اقتضائهـا خفي أي وإلاّ المنفعة الّتي وقت اقتضـائها يختلف. وخرج بذلك الدّور والأرضون ونحـوها؛ لأنّ منفعتهـا لا تختلف؛ لأنّ في الدّور السّكنى، وفي الأرض الاعتمار فلا ينقص اسـتعمالها منها، ولا كذلك الثّيـاب والحيوان. قال في المقرّب: قلت: فهل يجوز للمرتهن أن يشترط شيئًـا من منفعة الرّهن؟ فقال: إن كان من بيعٍ فذلك جائزٌ، وإن كان من قـرضٍ فإنّ ذلك لا يجوز؛ لأنّه سلفٌ جـرّ منفعةً. إلاّ أنّ مـالكًا قال لي: إذا باعـه بيعًـا، وارتهن رهنًا، (واشتـرط منفعـة الرّهن إلى أجلٍ) فلا أرى به بأسًـا في الدّور

المتيطي: يجوز ذلك في الحيوان وغيره في قول ابن القـاسم وكرهه مالك في الحيوان والثياب، قال ابن القاسم: لأنه لا يدري كيف ترجع إلخ. وما علّل به هنا ابن الناظم قـول غير ابن القاسم كأن ابن القـاسم أجاب عنه بقـوله لأنه إجارة يعـني وإجارة الثـوب والدابة جائزة، والغـرر في الرهن جائز، فلا يقـال كيف يبقى الثوب بعـد الانتفاع به، واللخمي حمل الكراهة عـلى المنع وتبعه ابن سلمون حيث عبّر عن ذلك بالمنع، وعبارة الكـافي: ويكره. وقد تبين أن الصحيح هو عموم قول المختصر، وجاز شـرط منفعته إن عينت ببيع، وفي ضمـانه إذا تلف تردد مع أن قوله وفي ضمانه إنما يتأتى فيـما يغاب عليه كالثيـاب، وقد بيّنا أن الراجح هو الضمان في هذا، انظر شرحنا فـفيه فوائد، والعـجب من هذا الشارح حيث لم يشـر لشيء من هذا تبعصـا لابن الناظم على عادته، وصاحب التـحفة تبع ابن سلمون وذلـك لا يحل اعتماده مع وجـود ما ذكرناه، وعبـارة المقرب: وأكره ذلك في الثيـاب والحيوان. قوله: **(واشترط منفـعة الرهن إلى أجل إلخ)** ظاهره أن النقد لا يجوز فيه هذا الشرط، قال العبدوسي على المدونة: إذا كـان الثمن نقدًا لا يجوز فيه شرط المنفعة، لكن في الكافي ما نصّه: ويضرب للانتفاع به حدًا مـعلومًا كان أبعد من أجل ثمن السلعة أو مثله أو أقرب اهـ. وما في العبدوسي لم يظهـر لنا لأن هذا بيع وإجارة فأي مانع يمنع منه مع أنه كيف يكون الرهن في بيع النقد إلاً إذا كـان على أن يأتي بالثمن مثلاً، نعم إن باع على النقـد واشترط المنفعة على أن يؤخره فذلك سلف جر نفعًا لأن التأخير سلف فافهم.

تنبيه: قولهم: هذا بيع وإجارة واجتماعهما جائز ظاهر غاية، وبيان ذلك إذا باع زيد كتابًا من عمرو بعشرة دنانير مثلاً إلى أجل سنة ورهنه عمـرو عبدًا في ذلك وشرط زيد منفعة العبد له سنة ومنفعـته في السنة مثـلاً تقوم بدينارين فالكتـاب ثمنه عشرة وتلك المنفـعة فوق العـشرة فخمـسة أسداسه بيـع وسدسه في منفعـة العبد إجارة، فالخـارج من يد زيد كتاب، والخارج مـن يد عمرو عشرة دنانير، ومنفـعة العبد سنة، وإذا ثبت هذا فقولهم هنا لا يجوز اشـتراط الثمرة إلاً إذا طابت وكان ذلك في عـام طيبها فـقط إنما لم نجز ذلك لأن صاحب المختـصر قال في كتـاب الإجارة لا لأخذ ثمرة لأن الإجارة لا تكون إلاً في المنافع والثمرة، ولأن هذا شراء ثمر لم يبد صلاحه أو لم يوجد وذلك غـرر، وجاز ذلك فيمـا طابت لعامها لأن ذلك شـراء لها وقد قال: وجـاز بيع ثمر إلخ. والأرض إنما يجوز شـرط منفعتهـا إذا رويت لا قبل ذلك كمـا في العبدوسي وغيـره لقول المختصر: وأرض لم يؤمن ريّـها مفهومه أنه إذا أمن جاز وهو كـذلك، وشرطوا أيضًا أن لا يكون

والأرضين، وأكره ذلك في الثّياب والحيوان اهـ. وقوله وفي الّذي عطفٌ على قوله إلاّ في الأشجار فالّذي: صفةٌ لمحذوف أي وإلاّ الرّهن الّذي للدّين، وضمير به: للرّهن الموصوف بالّذي، وباؤه ظرْفيّةٌ وكأنّه من باب القلب أي إلاّ الدّين الّذي فيه الرّهن من سلف. ويحتمل أنّ المراد: إلاّ العقد الّذي الرّهن فيه من سلفٍ فلا يجوز فيه اشتراط المنفعة.

وبجواز بيع محدود الأجل من غير إذن راهنٍ جرى العمل

مع جعله ذاك له ولم يحن دينٌ ولا بعقدة الأصل قرن

يعني أنّ من رهن رهنًا في حقٍّ إلى أجلٍ محدودٍ وجعل للمرتهن بيع ذلك الرّهن (بمعنى أنّه وكّله) على بيعه إن حلّ الأجل ولم يقضه حقّه، وكان جعله له ذلك بعد عقد المعاملة، وقبل حلول الأجل المضروب أي فيما بينهما فإنّه جرى العمل بجواز بيع المرتهن للرّهن المذكور إذا حلّ الأجل ولم يقضه حقّه من غير إذن الرّاهن إذنًا ثانيًا. ومفهومه أنّه لو جعل له بيعه في عقد البيع، أو بعد حلول الدّين فإنّ ذلك كالعدم؛ لأنّها وكالة اضطرار، وعلى اعتبار الإذن الحاصل في نفس العقد. لكن بالنّسبة للأمين ذهب الشّيخ خليلٌ حيث قال: وللأمين بيعه بإذنٍ في عقده. فقوله وبجواز: يتعلّق بجرى، ومحدود: صفةٌ في اللّفظ المحذوف أي رهنٍ محدود أجله، ومن غيره: يتعلّق ببيعٍ أيضًا، وجعل: مصدرٌ مضافٌ للمفعول أي مع جعل الرّاهن ذلك البيع له أي للمرتهن، والحالة أنّه لم يحن أي لم

الدين من طعام وإلاّ فلا يجوز رهن الأرض واشتراط منفعتها لأنه كراء أرض بما يخرج منها، وبيّنا هذا كله مع زيادات في الشرح بأنقال محررة، وإنما أطلنا في هذا لكثرة وقوع هذه المسائل في هذه الأوقات التي هي في حدود الثلاثين بعد مائة وألف، وإنما كان صاحب المختصر لم يتنارل لهذه الزيادات لما أشرنا إليه، لأنه إذا صحّ هذا بأنه كراء فيجري على حكمه، وقد بيّنه في محاله كما أشرنا لبعضه حتى قال في مسألة الطعام: وكراء أرض بطعام أو بما تنبته إلخ. والحاصل ما يكون جائزًا في محض الكراء يكون جائزًا مع جمعه مع البيع والعكس بالعكس، ولو كان البيع يجوز والكراء المجموع معه لم يجز لحرمت الصفقة كلها لجمعها حلالاً وحرامًا فافهم.

قوله: **(بمعنى أنه وكله إلخ)** هذه مسائل كثيرة يطول تتبعها، لكن نذكر كلام المتن الخلا ونختصر شرحه بما هو الراجح وبه تعرف الصحيح من غيره من كلام هذا الشارح ونصّه، وللأمين بيعه بإذن في عقده إن لم يقل إن لم آت كالمرتهن بعده وإلاّ مضى فيهما إلخ. فقوله في عقده: وأحرى بعده كما في شروحه ومحشيه، وقوله كالمرتهن بعد أي بعد العقد بيعًا كان أو قرضًا تطوع بالرهن أو شرط في أصل المعاملة، وقد ذكر ابن عرفة ذلك. وقوله: إن لم يقل إلخ هو راجع لصورتي الجواز، ومفهوم بعده أنه لا يجوز في أثناء العقد وهو كذلك كما هو في كلام الناس، مع أن قوله بعده فيه نظر ولكن المصنف تابع لغيره لأنه شبه هدية المديان كما نقله ابن عرفة والمصنف في توضيحه عن المتيطي وسلماه، ولكن الجواب وإن كان الاعتراض مذكور حتى في

يحلّ أجلُ ذلك الدّين ولا قرن أي الجعل الّذي هو التّوكيل على البيع بعقدة الأصل الّذي هو البيع أو القرض، بل بعده، وقبل حلول الأجل فقرن: عطف على يحن، وبعقدة: يتعلّق بقرن، ونائب قرن يعود على الجعل هذا ظاهر كلام النّاظم، وهو الّذي في ابن سلمونٍ ولفظه قال بعضهم: وإنّما لا يغني التّقديم في البيع وإن جعل له ذلك دون مشورته، ولا سلطان إذا كان التّقديم في عقد البيع، أو عند حلول الدّين؛ لأنّها وكالة اضطرار. وقال إسماعيل القاضي وغيره: ذلك جائزٌ نافذٌ ولو كان ذلك بعد عقد البيع وقبل حلول أَجل الدّين لجاز الشّرط وعملت الوكالة باتّفاق؛ لأنّها على طواعية. قال محمّد بن عمر: وإذا كان هذا التّقدّم والرّهن في قرضٍ فلا يجوز؛ لأنّه سلفٌ جرّ منفعة إذ قد رفع عن نفسه المؤنة في بيعه ومشورة القاضي. وقال محمّد بن أحمد: ذلك جائزٌ. اهـ. فقوله: ولو كان ذلك بعد عقد البيع إلى قوله على طواعية. هو منطوق قول النّاظم مع جعله ذاك له البيت. وقوله: وإنّما لا يغني التّقديم في البيع إلى قوله: لأنّها وكالة اضطرار هو مفهوم قوله: مع جعله ذاك له البيت. وقوله وقال إسماعيل القاضي هو مقابل قوله وإنّما لا يغني التّقديم وقال إسماعيل القاضي: يغني أي يكفي. وقوله قال محمّد بن عمر. إلخ لمّا ذكر أنّ التّقديم على البيع إذا كان بعد العقد، وقبل حلول أجل الدّين فهو جائزٌ، وكان ظاهره العموم كان الدّين من بيعٍ أو قرضٍ استدرك الخلاف في ذلك، وأنّ محمّد بن عمر قيّد جواز ذلك بالبيع دون القرض، وأنّ محمّد بن أحمد أجاز ذلك في القرض والبيع معًا، وهذا هو ظاهر النّظم. ويحتمل أن يكون معنى قوله ولا بعقدة الأصل قرن أنّه يجوز للمرتهن بيع الرّهن من غير إذن الرّاهن إذا لم يكن الرّهن مقرونًا بعقدة البيع أو القرض؛ بأن كان متطوّعًا به بعد العقد، أمّا إن كان مشترطًا في أصل المعاملة فلا يجوز للمرتهن بيعه من غير إذن الرّاهن فنائب قرن على هذا الاحتمال ضمير الرّهن وهو الموافق لنقل الشّارح عن المتيطيّ أنّه إن اشترط المرتهن على الرّاهن أنّ له بيع الرّهن عند الأجل من غير مؤامرة صاحبه، أو العدل إن كان على يد عدلٍ جاز إن كان الرّهن بعد عقد البيع؛ لأنّ كلّ ذلك

الوثائق المجموعة أن هذا الإذن في البيع لا زيادة فيه لصاحب الحق إنما هو يوصل صاحب الحق إلى حقه بلا زيد وهو وإن كان يسقط عن رب الحق مشقة لكن لا زيد، قف على ما كتبناه في كتاب القرض في شرط تصديق المقرض في عدم القبض، وقف على مسألة من له دين على رجل فأسلفه آخر على أن يشهد بالدينين في الرهن عند قول المتن: أو في قرض إلخ ففيه شبه ما هنا مع كونه لم يشهد بالأول أو لا يظهر لك ما أشرنا إليه، وما استدل به ابن عرفة ليس متفقًا عليه، وأن ابن العطار جوز جعل التصديق بعد العقد في القرض بل الصحيح هو الجواز حتى في القرض شرط، قف على هذا عند قول المصنف في القرض وكعين كرهت إقامتها، وما جاز شرط هذا التصديق إلاً لأجل ما ذكرناه والعلم عند الله تعالى وفي ذلك كفاية. وقوله: وإلاَّ مضى فيهما ظاهره وقع فوت في المبيع أو لا كان كثيرًا أم لا وهو كذلك إلخ.

معروفٌ من الرّاهن والإذن في بيعه. قال بعض الـشّيوخ: وذلك جائزٌ باتّفاق. واختلف إذا كان ذلك شـرطًا في أصل العقد فقـال مالكٌ: لا يباع إلاّ بأمر السّلطان إن كَـان الرّهن بيد المرتهن، أو بيد عدلٍ فإن بيع نفذ البيع ولم يردّ. ثمّ قال: وقال ابن رشد: ولو طاع الرّاهن للمرتهن بعد البيع، وقـبل حلول الأجل بأن رهنه رهنًا، ووكّله على بيعه عند حلول الأجل دون مؤامرة سلطانٍ جاز اتّفاقًا لأنّه معروفٌ منه، وكذلك شرط توكيل غيرهما، وهو الواقع في عصرنا ا هـ وحـاصله: أنّ الرّهن إذا كان متطوّعًا به بعـد العقد فللمرتهن بيعـه اتّفاقًا. وإليه أشار النّاظم بقوله: ولا بعـقدة الأصل قرن. ومفهومه إن كان مشـروطًا مدخولاً عليه فليس للمرتهن بيعه، وهو قول مالك كما تقدّم. والاحتمال الأوّل المؤيّد بكلام ابن سلمون هو أقرب لعبـارة النّاظم حيث عيّن وقت الجعل بقـوله مع جعله ذاك له ولم يحن. . . إلخ وليس ذلك في عـبارة المتـيطيّ على نقل الشّارح واللّه أعـلم. تنبيـهاتٌ: الأوّل: مـا ذكره النّاظم من أنّه إذا أذن بعد عقد الرّهن وقبل حلول الأجل جاز للمرتهن البيع بذلك. قال في التّوضيح: قال صاحب البيان وابن مرزوق: لكن نقل المتيطيّ عن بعض الموثّقين منعه؛ (لأنّه هديّة مديان). والثّاني: ما فهم من كلام النّاظم من أنّ الإذن إذا كان بعد الأجل لا عبرة به هو خلاف قـول ابن الحاجب، ولا يسـتقلّ المرتهن بالبـيع إلاّ بإذنٍ بعد الأجل التّـوضيح: قوله: ولا يستقلّ بل يرفع إلى الحاكم ليطالب الرّاهن أو يكلّفه البيع فإن امتنع باع عليه ا هـ. الثّالث: قال في التّوضيح عن الجواهر: فلو قال الرّاهن، لمن على يديه الرّهن من مرتهنٍ أو عدلٍ: إن لم آت إلى أجل كذا فأنت مسلّطٌ على بيع الرّهن فلا يبيعه إلاّ بأمر السّلطان، فإن باعه بغير إذنه نفذ ا هـ ونحوه في المدوّنة. ثمّ قـال: وإنّما لم يجز البيع هنا للأمين إلاّ بأمر السّلطان؛ لأنّه قيّـد البيع بأن لم يأت، ومن الجائز أن يكون أتى أو حاضـرًا معه في البلد، فلذلك لا بدّ له من نظـر السّلطان بخـلاف الأوّل فإنّه قـد أذن إذنًا مطلقًـا. وعلى مـا في الجواهر والمدوّنة من التّقييد بقوله إن لم آت عـوّل الشّيخ خليلٌ مع اعتبار الإذن الحاصل في نفس العقد بالنّسـبة للأمين والحاصل بعد العقـد بالنّسبة للمرتهن حيث قـال: وللأمين بيعه بإذنٍ في عقده إن لم يقل إن لم آت كالمرتهن بعده وإلاّ مـضى فيهما. فرعٌ: إذن الرّاهن في بيع الرّهن هو توكيلٌ منه على ذلك، والقاعدة أنّ للمـوكّل عزل وكيله إلاّ إذا تعلّق بالوكالة حقّ الغيـر كمسـألتنا هذه، فليس له حينئـذ عزله؛ لأنّ المرتهن تعلّق له حقٌّ بالوكـالة. قال اللّخميّ: لأنّ في ذلك حقًّا للطّالب إن كـان حاضرًا فله أن لا يتكلّف مطالعة سلطانٍ، وإن كان غائبًا أن لا يتكلّف إثباتها ا هـ.

وجـــار رهن العين حـــيث يطبع عـليـــــــه أو عـند أمـينٍ يوضـع

قوله: «لأنه هدية مديان» تقدم الجواب عنه هنا.

(يعني أنّه يجوز رهن العين) ذهبًا كان أو فضّةً إذا طبع عليه أو جعل بيد أمين لأنّه حيث لم يطبع عليه ولا جعل تحت يد أمين يتّهم المرتهن بسلفه وردّ مثله ابن الحاجب: وما لا يعرف بعينه إن لم يطبع عليه أو يكن عند أمين امتنع مطلقًا. وقال أشهب: إن كان نقدًا لقوّة التّهمة. التّوضيح: يعني أنّ الرّهن إذا كان ممّا يعرف كالحيوان والكتاب. قال في المدوّنة: والحليّ جاز أن يوضع تحت يد المرتهن وغيره، وإن كان ممّا لا يعرف بعينه، فالمشهور أنّه ممتنعٌ إلاّ أن يطبع عليه أو يوضع تحت يد أمين المازريّ: وإنّما امتنع إذا لم يطبع عليه أن يوضع تحت يد أمين حمايةً للذّريعة أن يكون الرّاهن والمرتهن قصدا أن يقبض على جهة السّلف، ويسمّيا ذلك القبض رهنًا. واشتراط السّلف في المداينة والمبايعة ممنوعٌ، والتّطوّع به كهبة مديان وقوله مطلقًا أي كان نقدًا أو طعامًا مكيلاً أو موزونًا. وقال أشهب: إنّما يمتنع في النّقد. وهكذا نقل المازريّ ولفظه: وإن كان ممّا لا يعرف بعينه وليس من الأثمان الّتي هي الدّنانير والدّراهم والفلوس كالمكيل والموزون فإنّ في ذلك قولين: المشهور منهما إلحاق ذلك بالدّنانير والدّراهم. وقد أجاز أشهب ذلك؛ لأنّ التّصرّف في الدّراهم والدّنانير ممّن وضع يده عليها بغير إذن مالكها مستخفٌّ، ويبعد استخفاف ذلك في المكيل والموزون اهـ. قال الشّارح: ظاهر اقتصار الشّيخ على ذكر العين دون الطّعام وما أشبهه أنّه موافقٌ لما نقل عن أشهب في المجموعة دون ما تقدّم لابن القاسم في إلحاقه ما لا يعرف بعينه ممّا يكال أو يوزن بالعين والله أعلم.

والرّهن للمشاع مع من رهنا قبض جميعه له تعيّنا
ومع غير راهنٍ يكفيه أن يحلّ فيه كحلول من رهن

قوله: **(يعني أنه يجوز رهن العين إلخ)** العين عند ابن عرفة مسمّاها والمسكوك وصاحب المختصر قال: والمثلي ولو عينًا بيده إن طبع عليه وذلك حسن حيث عبّر بما يخص المسكوك، وحاصل ما لخصناه من كلام الناس في الشرح أن ما لا يعرف بعينه إذا وضع على يد أمين فالجواز مطلقًا وعند المرتهن بلا طبع فالفساد مطلقًا على المذهب، ومذهب أشهب مقابل خلاف ما يقتضيه كلام التحفة هنا ولم يبين ذلك من شرحها وإن ذلك مقابل للمذهب، وحاصل مذهب أشهب أن غير العين جائز بلا طبع والعين لا تجوز إلاّ بالطبع أو لا ينبغي إلاّ بالطبع ولا فساد عنده مطلقًا ولكن يستقل الطبع، وما اعترضه الناس من كلام خليل لا عبرة به، وإنما ذكر ما ذكره على الوجه المذكور لأجل أمر تفطن له لم يتفطن له غيره، قف عليه في الشرح تشهد للمصنف بأن له الباع الطويل في الاختصار والاقتصار، وعلّل الباجي وجه الطبع بقوله: مخافة أن ينتفع بما لا يعرف ويرد مثله ونحوه في صريح المدونة، وقال المازري: وإنما امتنع إذا لم يطبع على ما لا يعرف بعينه ولم يوضع عند أمين حماية للذريعة أن يكون الراهن والمرتهن قصدا أن يقبض على وجه السلف وسميا ذلك القبض رهنًا، واشتراط السلف في المداينة والمبايعة ممنوع والتطوع به كهبة المديان، هذا

تكلّم في البيتين على كيفيّة قبض الرّهن إذا كان جزءًا مشاعًا أي غير معيّن بل هو عامٌّ شائعٌ في جميع ذلك الشّيء المرتهن بعضه كنصف دارٍ أو ربعها أو غير ذلك من الأجزاء، فإنّ النّصف مثلاً لا يختصّ بموضعٍ منها دون آخر بل هو عامٌّ في كلّ جزءٍ منها وهكذا الرّبع والثّمن، وسائر الأجزاء المشاعة لا تختصّ بمحلٍّ دون آخر. فمن رهن جزءًا كربعٍ مثلاً فإنّ ما عدا ذلك الجزء لا يخلو إمّا أن يكون للرّاهن أيضًا كمالك دار رهن نصفها مثلاً، وإمّا أن يكون لغير الرّاهن كمن يملك نصف دارٍ فرهنه، وإمّا أن يكون للرّاهن ولغيره معًا كمن يملك ثلاثة أرباع دارٍ فرهن نصفها فالوجه الأوّل لا يتمّ الرّهن فيه إلاّ بحوز جميع الدّار مثلاً، وإلى هذا الوجه أشار بالبيت الأوّل. وأمّا الوجه الثّاني فيكفي في حوزه حوز النّصف الّذي يملكه الرّاهن وإليه أشار بقوله: ومع غير راهنٍ البيت.

(وأمّا الوجه الثّالث) فلا بدّ فيه من حوز الثّلاثة الأرباع إذ بحوزها يحلّ محلّ الرّاهن، ويصدق على هذه الصّورة أيضًا قوله: ومع غير راهنٍ. إلخ لأنّه يصدق بغير الرّاهن وحده كما في الصّورة الثّانية وبغير الرّاهن ولغير الرّاهن معًا كما في الصّورة الثّالثة. والمقصود في الصّور كلّها رفع يد الرّاهن وعدم جولانها في الرّهن قال ابن يونس: قال مالكٌ: ولا بأس برهن جزءٍ مشاعٍ غير مقسومٍ من ربعٍ أو حيوانٍ أو عرضٍ وقبضه إن كان بين الرّاهن وغيره أن يحوز المرتهن حصّة الرّاهن ويكريه ويوليّه مع من له فيه شركٌ كربّه، ولا بأس أن يضعاه على يد الشّريك، والحوز في ارتهان ما يملك الرّاهن جميعه من عبدٍ أو أمةٍ أو دابّةٍ أو ثوبٍ قبض جميعه. قال ابن يونس: واختلف في الدّار فقيل: لا يجوز حتّى يقبض المرتهن جميعها أو تكون على يد عدلٍ، وقيل: تكون بيد الرّاهن مع يد المرتهن فيكريان جميعًا، ويصحّ الحوز أو يضعانها جميعًا على غيرهما ما لم يكن الموضوع على يده هو القيّم به مثل عبده أو اجيره. قال الشّارح إطلاق الشّيخ - رحمه الله - في جواز رهن المشاع مع غير

لفظ التوضيح عنه مسلمًا لذلك وكلا العلتين فيها ما فيها، أما الأولى فيقال عليه وما المانع من فك الطبع والانتفاع بالمطبوع عليه وأي شيء يلزمه إن فعل فهو بصدد الانتفاع في الجملة. وأما الثانية فالاعتراض فيها ظاهر لأن الراهن والمرتهن إن لم يرهما أحد فلا يحتاجان إلى هذا وإن كانا يراهما الناس فيقول الراهن للمرتهن أولاً خذه مطبوعًا أمام الناس واذهب به وافعل ما شئت بعد الغيبة عنهم. وقد قال أبو الحسن: المراد بالطبع طبع لا يقدر على فكه غالبًا، وأما ما لا يقدر على فكه أصلاً فليس في قدرتهما والطبع الذي يقدر على فكه كل أحد كلا طبع اهـ. وفي البرزلي: يكفي من الطبع أن يكون الطبع إذا أزيل علم زواله اهـ. يقال: وما الحكم إذا علم زواله اللهم إلاّ أن يقال يؤدب، ولكن هذا أيضًا بعيد لأنهما على العلة الأولى اتفقا على الربا فهما لا يتخاصمان في هذا غالبًا لإذن الراهن للمرتهن في هذا فيما بينهما، وكذا يأتي الإشكال على تفسير أبي الحسن للطبع إن تأملت.

قوله: **(وأما الوجه الثالث إلخ)** كلامه في هذا كله صحيح، وكذا كلامه في البيتين بعد هذا.

الرّاهن من غير تقييد له بإذن الشّريك إن كان غير ربع ولا ينقسم يقتضي أنّه اعتمد قول ابن القاسم في ذلك، فـإنّه لا يشترط إذن الشّـريك ابن عرفة في الـكلام على رهن المشاع وهو فيما باقيه لغير الرّاهن ربعًا أو منقسمًا لا يفتقر لإذن شريكه وإن كان غيره ففي كونه كذلك. ووقفـه عليـه قولان (لابن القـاسم) (وأشهب) قـائلاً لأنّ رهنه يمنعه من بيـعه ناجـزًا ا هـ وكذلك إطلاقـه في حوز المشاع بحلول المرتهن مـحلّ الرّاهن دون التّفرقـة بين كونه دارًا أو أرضًا فـيكفي فيه ذلك وبين كونـه ممّا ينقل كالثّوب والعبـد فيكفي فيـه ذلك على قول ابن القاسم دون قول أشهب أنّه لا يكفي فيه ذلك، يقتـضي أنّه اعتمد قول ابن القاسم أيضًا في ذلك دون قول أشهب.

والرّهن مـحبـوسٌ ببـاقي مـا وقع فـيـــه ولا يردّ قـــدر مـــا اندفع

يعني أنّه إذا أدّى الرّاهن للمرتهن بعض حقّـه وطلب منه أن يردّ له من الرّهن ما يقابل ما دفع من الحقّ إذا كان الرّهن ممّا ينقسم فليـس له ذلك إلاّ برضا المرتهن، والرّهن بجملته محـبوسٌ بباقي الحقّ إلى أن يقع منه الخـلاص ابن عرفة. وكلّ جـزء من الرّهن رهنٌ بكلّ جزء من الدّين الّذي هو رهن فيه بمعنى الكلّيّة فيـهما لا بمعنى التّوزيع إن اتّحد مالك الدّين وإنّ تعدّد ولا شركـة بينهم فيه فعلى مـعنى التّوزيع، وفيها من رهن امـرأته رهنًا بكلّ المهر قبل البناء ثمّ طـلّقها قبـله لم يكن له أخذ نصف الرّهن. والرّهن أجمـع رهنٌ بنصف المهر كـمن قضى بعض الدّيـن أو وهب له فكلّ الرّهن رهنٌ بما بقي. وفـيهـا من رهن دارًا من رجلين صفقةً واحدةً في دينٍ لهما ولا شركة بينهما فقضى أحدهما كلّ حقّه أخذ حصّته من الدّار. ومن المدوّنة: من ارتهن دابّةً أو دارًا أو ثوبًا فاستحقّ نصف ذلك من يد المرتهن فباقيه رهنٌ بجمـيع الحقّ. ا هـ. وفي مخـتصر الـشّيخ خليلٍ: وإذا قضى بعـض الدّين أو سقط فجميع الرّهن فيما بقي كاستحقاق بعضه وبباقي يتعلّق بمحبوسٍ، وما: موصولٌ مضافٌ إليه ما قبله واقـعٌ على الدّين أي بباقي الدّين الّذي وقع الرّهن فيه، ولا يردّ مـن الرّهن قدر ما دفع من الدّين.

وشـرط ملك الرّهـن حـيث لا يقع إنصــافــه من حــقّـه النّهي وقع

يعني أنّه نهي عن أن يُشترط المرتهن على الرّاهن أنّه إن لم ينصـفه من حقّه لأجل كذا ملك الرّهن في ذلك الحقّ، وذلك هو غلق الرّهن الّذي ورد النّهي عنه. ذكر الإمام مالكٌ: في موطّئه أنّ رسول اللّه ﷺ: قال «لا يغلق الرّهن»(٤٤) قال مالكٌ: تفسير ذلك فيما نرى

(٤٤) [حديث ضعيف]: أخرجه ابن مـاجه (٢٤٤١)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥١، ٥٢)، والدارقطني (٨٩٦، ٢٨٩٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٣٩، ٤٠)، وضعفه الشيخ الألباني في ضعيف الجامع (٦٣٥٧).

- والله أعلم - أن يرهن الرّجل الـرّهن عند الرّجل بشيء وفي الرّهن فـضلٌ عمّـا رهن به فيقول الرّاهن للمرتهن: إن جئتك بحقّك إلى أجلٍ يسـميه له وإلاّ فالرّهن لك بما فيه. فهذا لا يصحّ، ولا يحلّ، وهو الّذي نهي عنه. وإن جاءه صاحبه بالّذي رهن به بعد الأجل فهو له، وأرى هذا الشّرط منفسخًا. وفي ابن يونس: ومن لك عـليه دينٌ إلى أجلٍ مع بيعٍ أو قـرضٍ فيـرهنك به رهنًا على أنّه إن لم يفـتده منك إلى أجلٍ فـالرّهن لك بدينك لم يجـز وينقضُ هذا الرّهن ولا ينتظر به الأجـل. قال أبو محـمّد: ويصـير السّلف حـالاً ولك أن تحبس الرّهن حـتّى تأخذ حقّك وأنت أحـقّ به من الغرماء. قـال ابن يونس: وهذا إذا كان الرّهن في أصل البيع أو السّلف وإذا كان الأمر كذلك فسد البيع والسّلف؛ لأنّه لا يدري ما يصحّ له في ثمن سلعـته الثّمن أو الرّهـن. وكذلك في السّلف لا يدري هل يرجع إليـه ما أسلف أو الرّهن ولو كـان هذا الرّهن بـعد أن وقع الـبيع أو الـسّلف لم يفـسخ إلاّ الرّهن وحده، ويأخـذه ربّه ويبقى البيع والسّلف بلا رهنٍ إلى أجلـه، ولا يكون المرتهن أحقّ بهذا الرّهن في فلسٍ ولا موت. ا هـ وشرط: مبتدأٌ أوّلٌ وهو مضافٌ للمفعول، وإنصافه: فاعل يقع، ومن حقّه: يتعلّق بإنصافه، والنّهي: مبتـدأٌ ثان خبره جملة وقع، والجملة خبر المبتدأ الأوّل، وفاعل وقع يعود على النّهي، والرّابط لجملة الخبـر بالمبتدأ الأوّل محذوفٌ أي عنه، وهذه المسألة من الزّوائد على ما في المختصر..

فصل في اختلاف المتراهنين

ذكـر النّاظم من اخـتـلاف المتـراهنـين ثلاث مسـائل: الاخـتـلاف في عين الرّهن، والاختلاف في حلول الأجل، والاختلاف في صفة الرّهن.

وفي اخـتـلاف راهـنٍ ومـرتهن ... في عين رهـنٍ كـان في حـقٍّ رهن

القـول قـول راهنٍ إن صـدّقـا ... مـقـاله شـاهد حـالٍ مـطلقـا

كـأن يكون الحقّ قـدره مـائة ... وقـيـمـة الرّهن لـعشـرٍ مـبـدأه

يعني أنّه إذا اختلف المتراهنان في عين الـرّهن فقـال الرّاهن: ليس هذا رهني ورهني أفضل من هذا وقال المرتهن: بـل هو رهنك فالقول قول الرّاهن إن صدّقـه العرف والحال. قال في العتـبيّة: قال أصبغ فيمـن رهن رهنًا بألف دينارٍ فجاء ليقبضـه فأخرج المرتهن رهنًا يساوي مائة دينارٍ فـقال الرّاهن: ليس هذا رهني وقيمة رهني ألف دينارٍ وذكـر صفةً تساوي ألف دينارٍ فالرّاهن مصـدّقٌ مع يمينه لكونه (ادّعى ما يشبه) وادّعى المرتهن ما لا يشـبه، فإذا

فصل في اختلاف المتراهنين

قوله: **(ادعى ما يشبه إلخ)** قال في المختصر: وهو كالشاهد في قدر الدين لا العكس إلخ.

حلف - أي الرّاهن - سقط عنه من الدّين مقدار قيمة رهنه. ا هـ ونقله الموّاق وقال: إثره ما نصّه، وقال أشهب: القول قول المرتهن وإن لم يساو إلاّ درهمًا واحدًا، وقال عيسى عن ابن القاسم: نحو قول أشهب ابن حبيب: وبه أقول، وقاله ابن عبد الحكم ابن يونس: كما لو قال لم ترهنّي شيئًا ا هـ. وعلى هذا القول ذهب الشّيخ خليلٌ بقوله: لا العكس أي لا

فقوله: لا العكس أي لا يكون الدين شاهدًا على الرهن أي والرهن يشهد على الدين هذا الذي في المتن، وصاحب التحفة مرٍّ على أن الدين يشهد على الرهن، وما في التحفة هو قول أصبغ، واختاره ابن رشد قائلاً قول أشهب إغراق أي القائل بما في المختصر، وكلام ابن فرحون في التبصرة يدل على ترجيح ما اختاره ابن رشد، وابن عبد السلام قال: والأقرب أنه لا فرق بين الصورتين أي في كون الرهن يشهد على الدين والعكس وهو الذي في التحفة واستدل له بقول أصبغ وقول ابن يونس كما لو قال: لم ترتهني شيئًا دليل واضح للفرق، كما لا يخفى على من أنصف معنى ذلك أن المرتهن لو أراد الخديعة لقال لم ترتهني شيئًا ولا كذلك الراهن فإنه لا يمكنه إنكار الدين من أصله بعد قوله هذا رهن عندك يشهد لي بقدر ديني فهو يقول هذا لأجل أن يشهد له بما ينفعه، والحاصل يلزم من الإقرار بالرهن الإقرار بالدين أي من جهة المرتهن، إذ لا يكون الرهن إلاّ في مقابلة الدين الدين، ولا يلزم من كون المرتهن يذكر أن له دينًا أن يكون ذلك الدين في رهن لأن الدين لا يلزمه أن يكون له رهن لأنه يوجد بدون رهن كثيرًا، وما ذكرناه من قولنا لو أراد الخديعة ذلك معتبر عند الفقهاء وهو قول المختصر كدعوة ردّ ما لم يضمن، وحاصله أن من ادعى ردّ شيء لصاحبه وقد قبضه بلا إشهاد فإنه يصدق في هذا الردّ إن كان على تقدير إذا ادعى تلفه فإنه يصدق، كقبضه الوديعة بلا إشهاد فإنه يصدق في ردّه إذ لو أراد الكذب لقال تلفت فله مخرج يهرب إليه فيصدق في الردّ، ولا كذلك العارية التي يغاب عليها أو رهن ما يغاب عليه فإنه لا يصدق في ردّ ذلك لأنه لا مخرج له فإنه لا يقبل منه التلف أي حيث ثبت أنه أعير وارتهن، وهذا مبين في شرح المحل المذكور وهو في فصل الوديعة والمرتهن له مخرج بقوله لم ترتهني شيئًا، ولو أراد الكذب لم يقل هذا رهنك بل يقول لم ترهني شيئًا، فتعليل ابن يونس حسن غاية وتفريق بلغ في التحقيق النهاية، هذا وقد قال في المعونة: القول للمرتهن في عين الرهن لأنه مؤتمن على عين الرهن والراهن يريد تضمينه وقد ائتمنه ولم يتوثق منه بالإشهاد على عينه إلخ. وهذا دليل آخر لا سيما وهو من القاضي عبد الوهاب، وقال الباجي في منتقاه وجه تصديق المرتهن في الرهن ما نصّه: أن الرهن مبنى على أن قيمته لا تراعى يوم الرهن وإنما تراعى يوم يحتاج إلي بيعه ولذلك يرتهن ما لا قيمة له يوم الرهن كالثمرة التي لم تؤبر فلذلك لم يشهد الدين بقيمته أي بقيمة الرهن. وقد روى أبو زيد عن أصبغ فيمن رهن رهنًا بألف دينار فقفصاها ثم أخرج إليه المرتهن ثوبًا قيمته دينار واحد وقال الراهن رهنتك شيئًا ووصف صفة تساوى ألفًا أن القول قول الراهن إذا تفاوت الأمر، هكذا قال القاضي أبو الوليد ﷺ، وهذا عندي ليس من باب شهادة الدين، وإنما هو من باب أن يدعي ما لا يشبه ويدعي صاحبه ما يشبه فالقول قول مدعي ما يشبه لا إن هذا نوع من شهادة الدين للرهن والله أعلم وأحكم. انتهى المقصود منه بلفظه ونسب

يكون شاهدًا على الرّهن. قـوله في عين رهنٍ يفهم منه أنّ قدر الدّين متّـفقٌ عليه، وجملة كان في حقّ صفـةٌ لرهنٍ، ومقاله مفـعول صدّق و (شاهد) فاعلـه، ومعنى الإطلاق: كان الرّاهن متّهمًا أو لا، كذا قال بعض من شرحه وجـملة قدره مائه خبر يكون، وجملة وقيمة الرّهن لعشرٍ مبدئه حاليّةٌ. وقد استـطرد الشّارح هنا حكم اختلاف المتراهنين في صفة الرّهن إذا ضاع مع اتّفـاقهمـا على قدر الدّين أو اختـلافهمـا فيه، وإذا كـان الرّهن شيئين فـضاع أحدهما أو اختلفا في كونه رهنًا أو وديعةً أو عاريّةً انظره فيه إن شئت.

(والقــول حـيث يدّعـي) من ارتهن حلول وقـت الرّهن قــول من رهن

وفي كـــــثـــــوبٍ خـلقٍ ويـدّعي جــــدّتـه الرّاهـن عكـس ذا وعي

إلاّ إذا خـــرج عـــمّــا يشـــبـــه وفي ذا وذا فـالـعكس لا يشـتـبـه

مقـابل قول أشهب للمـجموعة، وحـجة قول أصـبغ أن العادة جارية بأن الإنسـان إنما يأخذ رهنًا يساوي دينه وهذه علة ظـاهرة، لكن عارضهـا ما قاله ابن يونس والقـاضي مع كون الدين كثـيرًا يكون بلا رهن، وما في المختصر هو مذهب أشـهب قائلاً: وإن لم يساو إلاّ درهمًا واحدًا. وقال عيـسى عن ابن القاسم نحو قـول أشهب، وبه قال ابن حـبيب وقاله ابن عـبد الحكم، وعلّله ابن يونس والقاضي بما رأيته، وظاهر المخـتصر في قوله لا العكس وإن ادّعى المرتهن ما لا يشـبه قال عياض: وهو قوله في كتاب محمد، وفي العتبية عن أصبغ لا يصدق فيما لا يشبه وإنما يصدق في ذلك الراهن. قال أبو الحسن: واخـتلف في النقل عن ابن القاسم هنا وعبـارة العبدوسي، ولابن القاسم هنا قولان: أحدهما إن القول للمرتهن مطلقًا وإن ادعى ما لا يشبه ولا يكون الدين شاهدًا على الرهن وهذا هو ظاهر الكتاب، ولأشـهب مثل هذا القول قال أشـهب: وإن لم يذكر المرتهن من الصفة إلاّ ما يساوي درهمًا، وقال أصبغ قول أشهب هذا ليس بشيء إلخ. وقد تبين أن القول للمرتهن مطلقًا وإن لم يشـبه هذا الذي يظهر ترجيحه وكيف وهـو قول ابن القاسم وأشهب وابن عبـد الحكم، وبه قال ابن حـبيب وهو ظاهـر هنا فكيف يترك هذه الرواية أبي زيد عن أصـبغ مع كون الأول اقتصـر عليه في المعونة. ولا تقل خالفت الأعلام. لأنا نقـول: خالفهم من هو أعلى منهم مرتبة، والراجح ما في المخـتصر بدليل ما رأينه لا ما في التحفة فهـو مرجوح تأمله بإنصاف نعم المرتهن يحلف لأن هذه دعوى محققـة غير مستبعدة، وبهذا وأمـثاله كثرة تعلم اصطياد خليل للمشهور والراجح لا أنه يجلب ما وجـد، وإنما أطلنا في هذا لأن الناس ربما يميلون لما في التحفة أكثر من غيره، نعم قـول التحفة كأن يكون إلخ فيه تحرير لما قال أصـبغ من عدم شبه المرتهن فإنه في هذا خطأ أشهب.

قوله في النظم: **(والقول حيث يدعي إلخ)** حاصل البـيتين القول للـراهن في عدم حلول الدين إن أشـبه، والقـول في الثوب للمـرتهن إن أشـبه، وإن لم يشـبه الأول أو الثـاني فالقـول لصاحبه، ومسألة حلول الدين هي قول المختصـر في اختلاف المتبايعين، وفي انتهاء الأجل فالقول

اشتمل البيتان على مسألتين: الأولى إذا اختلف المتراهنان في حلول أجل الدّين المرهون فيه فادّعى المرتهن حلول أجله وادّعى الرّاهن عدم الحلول فالقول في ذلك قول الرّاهن، وأنّه لم يحلّ إلاّ إذا خرج قوله عمّا يشبه وأشبه قول المرتهن فالقول قوله. المسألة الثّانية: إذا اختلفا في جدّة الرّهن وكونه خلقًا باليًا مع اتّفاقهما على أنّه هو فقال الرّاهن كان جديدًا وإنّما خلق باستعمال المرتهن وقال المرتهن كذلك رهنته خلقًا باليًا فالقول في ذلك قول المرتهن إلاّ إذا خرج قوله عمّا يشبه وأشبه قول الرّاهن فالقول قوله. قال في المقرّب: قلت له: فإن اختلف الرّاهن والمرتهن في حلول الحقّ فقال المرتهن قد حلّ وقال الرّاهن لم يحلّ قال: القول قول الرّاهن؛ لأنّ المرتهن قد أقرّ أنّ الحقّ إلى أجل وادّعى انقضاءه والأصل الاستصحاب إلاّ أن يدّعي الرّاهن من الأجل ما لا يشبه فلا يصدّق. وفي طرر ابن عات: وكذلك إن أتى بثوب خلق وقال الرّاهن: كان جديدًا فالقول قول المرتهن بيمينه إذا أتى بما يشبه. اهـ. الجوهريّ. وملحفةٌ خلقٌ وثوبٌ خلقٌ أي بال يستوي فيه المذكّر والمؤنّث لأنّه في الأصل مصدر الأخلق أي الأملس، والجمع خلقانٌ وملحفةٌ خليقٌ صغّروه بلا هاء؛ لأنّه صفةٌ والهاء لا تلحق تصغير الصّفات كما قالوا نصيفٌ في تصغير امرأة نصف. وقد خلق الثّوب بالضّمّ خلوقًا أي بلي، وأخلق الثّوب مثله، وأخلقته أنا يتعدّى ولا يتعدّى وأخلقته ثوبًا إذا كسوته ثوبًا خلقًا، وثوبٌ أخلاقٌ إذا كانت الخلوقة فيه كلّه كما قالوا برمة أعشار وأرضٌ سباسب ا هـ.

باب الضمان وما يتعلق به

عبّر بعضهم بالضّمان كابن الحاجب وبعضهم بالحمالة. قال ابن عرفة: الحمالة التزام دينٍ لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له. قوله: «لا يسقطه» في محلّ خفض صفةٌ الدينِ، وفاعل يسقط ضمير الالتزام، ومفعوله البارز للدّين؛ لأنّ الضّمان لا يسقط الحقّ عن المضمون. وأخرج بذلك الحوالة فإنّ التزام قبول المحال عليه للحوالة وإن كان لا يشترط على المشهور يسقط الدّين الّذي كان للمحال بالفتح على المحيل بالكسر، ويصير على المحال عليه. وقوله: أو طلب من هو عليه طلب بالخفض عطفٌ على دينٍ مدخول الالتزام، ويدخل في ذلك الحمالة بالوجه والحمالة بالطّلب.

لمنكر التقضي، ومنكر التقضي أعمّ مما في النظم، فإن الاختلاف في الحلول يظهر أنه لا فرق بين أن يكون مع رهن أم لا، والناظم جعله في خصوص الضمان وليس ذلك خاصًا به فانظره في الشرح، وانظر الشرح في الإقرار عند قول المتن وقبل أجل مثله في بيع لا قرض وإن كان هذا في أصل الأجل فافهمه.

باب الضمان وما يتعلق به

. . . .

وسـمّـي الضّـامـن بالحـمـيل كـذاك بـالزّعـيـم والكفـيل

يعني أنّ الضّامن يسمّى بهذه الأسماء الّتي هي الحميل والزّعيم والكفيل والمراد من ذلك بيان صيغ الضّمان. قال ابن عرفة: الصّيغة ما دلّ على الحقيقة عرفًا ففيها من قال: أنا حميلٌ بفلانٍ أو زعيمٌ أو كفيلٌ أو ضامنٌ أو قبيلٌ أو هو لك عندي أو عليّ أو إليّ أو قبلي فهي حمالةٌ لازمةٌ إن أراد الوجه لزمه (وإن أراد المال لزمه).

وهو من المعروف فـالمنع اقـتـضى من أخـذه أجـرًا به أو عـوضـا

يعني أنّ الضّمان من المعروف فلا يجوز أخذ العوض في مقابلته. قال ابن يونس: وقال مالكٌ في كتاب محمّدٍ: لا خير في الحمالة بجعلٍ قال ابن القاسم: (فإن نزل) وكان

قوله: **(وإن أراد المال لزمه إلخ)** يعني وإن قال لم أرد مالاً ولا وجهًا فهو يحمل على المال، وإن ادعى المضمون له أنه تكفل له بالمال وشرطه عليه وادعى الضامن خلاف ما زعم أنه شرط عليه فالقول للضامن، وهذا هو قول المختصر وحمل في مطلق أنا حميل أو زعيم الدين أو قبيل أو عندي وإلي وشبهه على المال والأرجح والأظهر لا إن اختلفا إلخ فالقول للضامن أنه بغير المال. ومحصل ما لخصناه في الشرح أنه إذا قال أنا حميل فهو محمول على المال إلاّ أن يدعي أنه أراد الوجه فيقبل قوله عند اللخمي ومن تبعه، وعند عبد الحق يلزمه ضمان المال إلاّ أن يحضر المدين معدمًا والأكثر على الأول، وعند الاختلاف فيما شرط فالقول للضامن أنه أراد الوجه.

قوله: **(فإن نزل إلخ)** قال في المختصر: وبطل إن فسد متحمل به أو فسدت بكجعل إلخ. فقوله: وبطل أي الضمان أي سقط لقوله تعالى: **﴿وبطل ما كانوا يعملون﴾** [الأعراف:١١٨] وقوله: متحمل به العقدة لي الحقيقة هي الفاسدة لأنها هي التي يعرض لها الصحة والفساد، ولكن المتحمل به من متعلقاتها. وقوله: وبطل إلخ ظاهره علم صاحب الحق بالفساد أو لا، وقعت الحمالة أثناء العقد أو بعد تمامه وهو كذلك. وقوله: أو فسدت بكجعل إلخ أي مع علم الطالب لا إن لم يعلم فإنه لا يبطل، والفرق بينهما أن المتحمل به ثبوته على الضامن فرع ثبوته على المضمون عنه وهو غير ثابت في الصورة الأولى مع كون الفساد من المتعاملين ومنهما الطالب، وفي مسألة الجعل لم يعلم الطالب فالضامن له مدخل في دفع ماله بسببه مع أنه لم يعلم فساد أو لا دخل عليه. وقوله: بكجعل أدخلت الكاف كل حمالة فاسدة كالمتحمل بالكتابة وغير ذلك، وقد قال في المعونة لا تصحّ الحمالة بالكتابة هذا لفظه وكذا غيره، ولنمثل لك بعض ما تقدم قال الباجي في المنتقى فيمن تحمل لأجل أخذ جعل ما نصّه: وذلك لأنه عقد معروف كالقرض فلا يصحّ فيه العرض والحمالة لازمة إن لم يعلم المتحمل له بذلك وإن علم سقطت، ثم قال: ومن باع طعامًا من بيع قبل قبضه وأخذ به حميلاً سقطت حمالته، ووجه ذلك إن ما تحمل به لا ينفذ على حسب ما تحمل به فبطلت الحمالة اهـ. وقال في الوثائق المجموعة: ولا تلزم الحمالة إلاّ في المعاملات الجائزة، وأما الفاسدة منها فالحمالة فيها ساقطة إذا علم المتحمل له

يعلم صاحب الحقّ سقطت الحمالة وردّ الجعل وإن لم يكن يعلمه فالحمالة لازمةٌ للحميل ويردّ الجعل على كلّ حالٍ. وقاله أصبغ. وقال اللّخميّ: الحمالة بجعلٍ فاسدةٌ لأنّه يأخذ الجعل فإن كان المتحمّل عنه موسرًا كان من أكل أموال النّاس بالباطل، وإن كان معسرًا فغرم الحميل كان ربا سلفٍ بزيادةٍ فقضاؤه عنه سلفٌ، والزّيادة الجعل المتقدّم وهذا إذا كان الجعل يأخذه الحميل أو غيره واختلف إذا كان يحصل الجعل أو المنفعة للغريم وكانت الحمالة بما حلّ؛ ليؤخّره به إلى أجلٍ أو بما لم يحلّ؛ ليأخذه إذا حلّ الأجل فإذا كان الجعل تحصل منفعته للحميل ردّ الجعل قولاً واحدًا. ويفترق الجواب في ثبوت الحمالة وسقوطها وفي صحّة البيع وفساده وذلك على ثلاثة أوجه. انظر تمامه في الشّرح إن شئت ابن الحاجب: ولا يجوز الضّمان بجعلٍ. التّوضيح: أي لا يجوز للضّامن أن يأخذ جعلاً سواءٌ كان من ربّ الدّين أو المديان أو غيرهما. المازريّ وللمنع علّتان: أوّلهما: أنّ ذلك من بياعات الغرر؛ لأنّ من اشترى سلعةً وقال لرجلٍ: تحمّل عنّي بثمنها وهو مائةٌ على أن أعطيك عشرة دنانير، أو باع سلعةً وقال لآخر تحمّل عنّي الدّرك في ثمنها إن وقع الاستحقاق وأنا أعطيك عشرةً لم يدر الحميل هل يفلس من تحمّل عنه أو يغيب فيخسر مائة دينارٍ ولم يأخذ إلاّ عشرةً أو يسلم من الغرامة فيأخذ العشرة. ثانيهما أنّه دائرٌ بين أمرين ممنوعين؛ لأنّه إن أدّى الغريم كان له الجعل باطلاً وإن أدّى الحميل ورجع به على المضمون صار كأنّه أسلفه ما أدّى وربح ذلك الجعل فكان سلفًا بزيادة مالكٌ: ويردّ الجعل ابن القاسم: وإن علم بذلك الطّالب سقطت الحمالة وإلاّ ردّ الجعل. والحمالة عامّةٌ وهذا إذا كان الفساد في الحمالة اهـ. محلّ الحاجة منه الآن.

فائدةٌ: ثلاثة أشياء لا تفعل إلاّ للّه سبحانه ولا يجوز أخذ الأجرة عليها: أحدها الضّمان، والثّاني رفق الجاه، والثّالث القرض وقد جمعها شيخنا العالم المتفنّن المرحوم بفضل اللّه وكرمه أبو محمّدٍ سيّدي عبد الواحد بن عاشرٍ في بيتٍ فقال:

القرض والضّمان رفق الجاه ... تمنع أن ترى لغير اللّه

والحكم ذا حيث اشتراط من ضمن ... حطًّا من المضمون عمّن قد ضمن

يعني أنّ الحكم المتقدّم وهو المنع وعدم الجواز جارٍ فيما إذا اشترط الضّامن على المضمون له أن يحطّ عن المضمون بعض دينه الحالّ ويضمن له باقيه إلى أجلٍ يضربانه وهو

بفسادها، فإن لم يعلم لزمت الحميل الحمالة بالقيمة، وكذلك لا تجوز الحمالة بالجعل، وتسقط الحمالة إذا علم المتحمل له ويرد الجعل اهـ. وانظر قوله: فإن لم يعلم إلخ فإنه خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة وكذا مذهب غيرها، وأن الحمالة ساقطة مطلقًا علم صاحب الحق بفسادها أم لا، وما ذكره في الوثائق إنما هو قول ولكن الراجح خلافه فيما يظهر ونص التهذيب، أما إن كان

قول مالك في العتبيّة، وقيل بجواز ذلك وهو أبين. قال اللّخميّ: واختلف عن (مالك) فيمن كان عليه دينٌ حالٌ فأخّره إلى أجلٍ على أن يتحمّل به رجلٌ، ويسقط الطّالب بعضَ دينه. فقال مالكٌ، وابن القاسم وأشهب وغيرهم في كتاب محمّد فيمن كان له دينٌ حالٌ فقال له رجلٌ: ضع له بعض دينك عليه وأنا أتحمّل لك بما بقي إلى أجلٍ آخر: لا بأس به، لأنّه قد كان له أن يأخذه بحقّه حالاً، فتأخيره له بحميلٍ. وقال: سلف منه بحميلٍ اختلفت رواية أشهب عنه بالجواز والكراهة. وقال مالكٌ في العتبيّة: لا يصحّ ذلك قال وهو بمنزلة لو قال: أعطني عشرة دراهم من دينك وأنا أتحمّل لك، فتكون الحمالة على هذا القول حرامًا والأوّل أبين. وقال أشهب في كتاب محمّد فيمن له على رجلٍ عشرة دنانير إلى أجلٍ فقال له قبل الأجل: هل لك أن أحطّ عنك دينارين وتعطيني بالثّمانية رهنًا أو حميلاً؟ فلا بأس به وقال ابن القاسم: لا يجوز. ا هـ قيل: لأنّه إذا أخذ رهنًا أو حميلاً في حكم من تعجّل حقّه على أن أسقط بعضه. وقد ذهب النّاظم على القول الثّاني في المسألتين وهو المنع وعدم الجواز حلّ الدّين أو لم يحلّ، ولفظه يشملهما.

وباشتراكٍ واستواءٍ في العدد   تضامنٌ خفّف فيه إن ورد

الفساد في المتحمل به كما لو أعطاه ديناراً في دينارين إلى شهر وتحمل له رجل بالدينارين فثلاثة أقوال: الأول: لابن القاسم في المدونة والعتبية ورواه عن مالك وهو قول ابن عبد الحكم أن الحمالة ساقطة، ومثله في الموازية لأن فيها وكل حمالة وقعت على حرام بين المتبايعين في أول أمرهما أو بعد فهي ساقطة لا يلزم الحميل بها شيء، علم بذلك المتبايعان أنه حرام أو جهلاه، علم الحميل بذلك أو جهله. محمد وسواء كان الفساد من عند البائع أو بسببه وهو قول أشهب لأن الحمالة بالحرام وبالأمر الفاسد باطلة، ووجه هذا القول إن الذي تحمل به الحميل هو الثمن لما سقط عن المتحمل عنه لفساد البيع سقط عن الحميل. (القول الثاني): أن الحمالة لازمة على كل حال علم الحميل بفساد البيع أو لا وهو قول ابن القاسم في العتبية وقول غيره في المدونة وقول سحنون في نوازله، ووجهه أن الكفيل هو الذي أدخل المتحمل له في دفع ماله لثقته به فعليه الأقل من قيمة السلعة أو الثمن الذي تحمل به. **(الثالث):** التفصيل بين علم الحميل بالفساد فعليه أولاً فلا شيء عليه وهو لابن القاسم في العتبية قال: الذي يعطي ديناراً بدينارين ويتحمل له رجل بالدينارين إن كان علم فعليه الدينار الذي أعطاه، وإن كان لم يعلم فلا شيء عليه لأنه يقول: لو علمت لم أتحمل ولم أدخل في الحرام، وهذا الخلاف إنما هو إذا كانت الحمالة في أصل البيع الفاسد، وأما إن كانت بعد عقده فهي ساقطة باتفاق إلخ فانظره، مع أن صاحب الوثائق لم يذكر مقابلاً لما قاله، والفساد بالجعل المعتبر فيه وصول الجعل للحميل كان من عند المضمون له أو الضامن أو غيرهما، وكذا إن شرط الضامن أن الجعل[٤٥] يعطى لغيره فهو بمنزلة ما قبضه في

---

(٤٥) الجعل: الأجر.

التّضامن تفاعلٌ مصدرٌ من تضامن، وهو أن يضمن كلٌّ منهما صاحبه، وظاهر ما تقدّم منعه؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما ضمن صاحبه؛ لأجل أن يضمنه هو فلم يقع الضّمان لوجه اللّه تعالى، يعني أنّه يجوز على وجه الرّخصة والتّوسعة أن يشتري اثنان أو أكثر سلعةً بثمنٍ في ذمّتهما على أن يضمن كلّ واحدٍ منهما أو منهم بقيّة أصحابه (لكن بشرطين): أحدهما وقوع الاشتراك في السّلعة الواقع فيها التّضامن، وثانيهما الاستواء في الاشتراك فيها فإن. انخرم أحد هذين الشّرطين أو كلاهما فيمتنع ذلك. قال ابن الحاجب: لو اشتريا سلعةً بينهما على السّواء لجاز للعمل فأشار بقوله للعمل أنّ القياس المنع والجواز لعمل الماضين. قال ابن عرفة: قلت: ولأنّ استواءهما في البيع وثمنه يوجب شبه مجموعهما بشخصٍ واحد، واختلافهما في أحدهما يوجب تعدّدهما المقتضي للضّمان بالجعل ا هـ. وقد ذكروا هنا مسألة الحملاء السّتّ فراجعها إن شئت في التّوضيح أو غيره من المطوّلات واللّه أعلم. وتضامنٌ مبتدأٌ سوّغه العمل في اشتراك، وفي بمعنى مع، واستواء عطفٌ عليه، وجملة خفّف فيه خبر تضامنٌ، وإن ورد بكسر الهمزة وفتحها فالكسر على أنّها شرطيّةٌ حذف جوابها لدلالة ما قبله عليه، والفتح على أنّها مصدريّةٌ أي خفّف فيه، لأنّه ورد أي لوروده فحذف حرف الجرّ مع أنّ وهو كثيرٌ.

وصحّ من أهل التّبرّعات وثلثُ من يمنع كالزّوجات

يعني أنّه يشترط في الضّامن أن يكون ممّن له التّبرّع في المال، ولا حجر عليه لأحد، وكذلك من حجر عليه في الزّائد على ثلثه كالمريض والزّوجة؛ فإنّه يصحّ ضمانه فيما لم يحجر عليه فيه وهو مقدار ثلثه فأقلّ. فلا يصحّ ضمان المحجور مطلقًا، ولا ضمان المريض أو الزّوجة في الزّائد على ثلثهما. ففاعل صحّ للضّمان وثلث بالخفض عطف على أهل أي

الفساد لأنه كان ملكه ووهبه وهذا هو كلام الناس، وكلام التوضيح نقله هذا الشارح على قول الناظم: ويسقط الضمان إلخ ببعض اختصار، وبه تعلم أن الراجع قول النظم بعيده والحكم ذا إلخ هو المنع الذي مرّ عليه الناظم، وإن كان اللخمي وابن الناظم قالا الجواز أبين لأن قول الضامن اطرح عن المدين بعض الدين وأضمن لك هو في قوة أخذ الضامن جعلاً لأن هذه معاوضة وهي ممنوعة في الضمان كان الضامن قابضًا ذلك لنفسه أو اشترطه لغيره لخروجه من باب المعروف إلى باب المعاوضة فافهم، وللخمي تفصيل هو في شروح التحفة والمختصر يطول بنا جلبه، وملخص ما تقدم إذا فسدت العقدة بطل الضمان مطلقًا، وإن كان ضمان بجعل بطل الضمان مع علم المتحمل له لا إن لم يعلم.

قوله: **(لكن بشرطين إلخ)** هذا هو قول المختصر مبالغًا على عدم الجواز ما نصّه: وإن بضمان مضمونه إلاّ في اشتراء شيء بينهما أو بيعه كمقرضهما على الأصحّ إلخ، ولا شك أنه أكمل ممّا في النظم، ومن وقف على الشرح استفاد سر هذه المسائل.

وصحّ الضّمان من ثـلـث من يمنع من التّبرّع في الزّائد على الثّلث فيـصحّ في الثّلث فدون، ولا يصحّ في أكثـر منه ابن عرفة. البـاجيّ: الحميل من لا حـجر عليه (فـيها كـفالة ذات الزّوج) في ثلثها، وإن تكفّلت لزوجها. ففيها قال مالكٌ: عطيّتها زوجها جميع مالها جائزٌ، وكذلك كفـالتها عنه. الباجيّ: يريد بإذنه، وفـيها كفالة المريض في ثلـثه ا هـ وإنّما منعت الزّوجة من الضّمان إلاّ في ثلثها لأجل الزّوج، فإذا أذن لها ولا حجر عليها صحّ ضمانها، وكذلك المريض مـنع لحقّ الورثة، فإذا أجازوا ضـمانه بعـد موته أو قبله على تـفصيلٍ فـيه صحّ. وفي مختصر الشّيخ خليلٍ: وصحّ من أهل التّـبرّع كمكاتبٍ ومأذونٍ إن أذن سيّدهما وزوجةٍ ومريضٍ بثلثٍ.

وهو بـوجـــــهٍ أو بمالٍ جـــــار والأخـــذ منه أو علـى الخـيــــار

يعني أنّ الضّمـان على وجهين: الأوّل: ضمان الوجـه وهو على ضربين: الأوّل: أن يتبرّأ ضـامن الوجه من المال فلا يلزمه مـنه شيءٌ إلاّ إن فرّط، ويبرأ بإحضـار المضمون ولو ميّتًا: والضّرب الثّاني: أن لا يتبرّأ من المال ويقع الضّمـان مجملاً فيلزمه المال كما يصرّح به بعد في قـوله: وإنّ ضمان الوجـه جاء مجـملاً... إلخ قال في النّوادر: قـال مالكٌ: من تحمّل بوجه رجلٍ أو بعينه أو بنفسه فـهو سواءٌ إن لم يأت به وإلاّ غرم المال حتّى يشترط في حمالته لست مـن المال في شيءٍ، محمّدٌ. أو يقول: لا أضمن إلاّ الوجـه، فهذا لا يضمن

قوله: **(فيهـا كفالة ذات الزّوج)** الحاصل لها أن تضمن الأجنبي في الثلث وإن كره زوجها ذلك، وإن تكفلت بأكـثر فللزوج رد الجمـيع كما في شـروح المتن، وكلام الباجي المشـار إليه في الشرح هو قوله: إذا تكفلت المرأة بزوجها، ففي المدونة قال مالك: عطية المرأة زوجها جميع مالها جائز عليهـا وكذلك كفالتهـا عنه، ومعنى ذلك أن كفالتهـا عنه بإذنه ورضاه، فإن لم يرض بذلك فعلى مـذهب ابن القاسم يبطل إلاّ أن يكون بثلث مالهـا فأدنى والله أعلم وأحكم، هذا لفظه من منتقـاه، وصاحب المختـصر قال: وصحّ من أهل التـبرّع كمكاتب ومـأذون أذن سيدهمـا وزوجة مريض بثلث إلخ ثم قال: وصـحّ بالوجه وللزوج ردّه من زوجته، وقد قـال أبو الحسن على قول المدونة: وإن تكفلت بزوجها ثم ادعت أنه أكرهها لم تصدق إلاّ ببينة ويلزمها ذلك وإن أحاط بمالها ما نصّه الشيخ لأن الأصل الطوع، فمن ادعى غيره فعلـيه البيان وهذا ما لم يكن معلومًا بالإساءة إليها وإلاّ فهي مصدقة مع يمينها، وإذا كان صـاحب الحق عالمًا بإكراهها فالحمالة ساقطة، فإن أنكر صاحب الحق العلم بإكـراهها حلف إن كان يظن به علم ذلك كالجار، فـإن أنكر حلفت لقد علم وبرئت، وأما غير نحـو الجار فلا يمين عليه. قال أشهب: وأما حـمالتها بغير زوجهـا لزوجها فإن علم بالإساءة إليها وقلة ورعـه فإن الحمالة ساقطة عنها إذا حلفت وإلاّ يكن مـعروفًا بما ذكر حلف الزوج أنه ما أكرهها ولزمـتها الحمالة إلخ. وذكره ابن عـرفة وغيره فافهم هذه الفائدة فـهي كثيرة الوقوع.

إلاّ الوجه غـاب الغريم أو حضر أو مـات أو فلّس لا يطلب إلاّ بإحضاره. الوجـه الثّاني: ضمان المال، وفي تعيين المطالب بالمال من الغريم أو الضّامن تفصيلٌ.

(كان الإمام مـالكٌ) أوّلاً يقول: له أن يأخذ من شاء إمّا الـغريم أو الضّامن، ثمّ رجع إلى أنّه لا يطالب الضّـامن والغريم حاضـرٌ مليٌّ وإنّما يطالب إذا غـاب المدين أو فلّس وبه أخذ ابن القاسم. ابن رشد. وهي الرّواية المشهورة علـى ذلك نبّه الشّيخ خليلٌ في المختصر بقولـه: ولا يطالب إن حضـر الغريم موسـراً. فقـول النّاظم: والأخذ منه أي مـن الغريم الحاضر المليّ، وهذا هـو القول المرجوع إليه المشهـور كما تقدّم، ولذلك قـدّمه، وقوله: أو على الخيار هو قـول مالكٍ: الأوّل المرجوع عنه. قال الشّـارح: واعتمد القضـاة قول مالكٍ الأوّل المرجوع عنه.

ولا اعـتـبـار بـرضـا من ضـمنا إذ قـــد يؤدّي ديـن من لا أذنـا

قوله: (كان الإمام مالك إلخ) حاصل هذا أن مالكًا كان يقول بالخيار في أخذ من شاء منهما أي الضامن والمضمون ثم رجع إلى أنه لا يطالب الضامن إذا كان المضـمون حاضراً مليًا، وبه أخذ ابن القاسم وابن رشد وهي الرواية المشهورة، وابن الناظم قال: اعـتمد القضاة قول مالك الأول، وصاحب المختصر قال: ولا يطالب إن حضر الغريم موسراً أو لم يبعد ثيابه عليه فمرٌ على ما أخذ به ابن القاسم، وفي الرسالة: ولا يغرم الحـميل إلاّ في عدم الغريم أو غيبته أي غيـبة بعيدة، قال ابن ناجي عليها مـا أخذ به ابن القاسم هو الذي يعول عليه أهل المذهب، وقـال القلشاني: ما في الرسالة هو الـذي به العمل. وقال ابن يونس فـيمـا أخذ به ابن القاسـم، ورواه ابن وهب أيضًا، وقال عبد الوهاب بقول مالك الأول، قال أبو حنيفة والشافعي لحديث الزعيم غريم ووجها القولين بغير هذا، والحـفيد قال فيـما قاله الشافعي وأبو حنيـفة، وقال به أصحابهـما والثوري والأوزاعي وأحمـد وإسحـاق إلخ. وابن يونس قاس الضامن عـلى الرهن وهو لا يؤخذ إلاّ عند العـجز عن الأخذ من المدين فكذلك الضامن. وقال ابن ناجـي على المدونة: ما أخذ به ابن القاسم ورواه ابن وهب هو الذي به الفـتوى، والمتيطي قـال: ما أخذ به ابن القـاسم به القضاء. وقـال المكناسي به جري العمل. وفي نوازل الخلع: إذا اجتمع رهن مفوض في بيعه وضامن فذلك كحضور الضامن والمضمون فـتكون البداية بالرهن لا بالضامن على المشـهور إلاّ أن يكون في إثبات مقـدمات البيع للرهن طول فله مطالبة الضامن إلخ. واقتصر في الوثائق المجـموعة على البدء بالغريم، واللخمي ذكر في المسألة الخلاف، وابـن رشد في المقدمات قال: ما أخذ به ابن القـاسم أظهر، وقد تبين أن ما أخذ به ابن القاسم هو الراجح وهو ما في المختـصر، وأنه لا يطالب الضامن إلاّ في غيبة المدين أو عدمه والعمل جـار به، وذلك هو الرواية المشهورة والقول بالخيار، وإن قـال فيه ابن الناظم هو الذي به عمل القـضاة لا يقوى قوة مـا في المختصر بدليـل ما رأيته وهذا كله عنه استـواء الضامن والمضمون، أما إن كان المدين ملداً مثلاً فالبدء بالضـامن غير أن بعضهم يقول ملداً ظالمًا، وبعضهم يقول ملداً فقط، والعـبارة الأولي للمدونة، وقال اليرتاسني الذي أدركنا العـمل به بفاس ومراكش

يعني أنّ من ضمن عن شخصٍ حقًّا من الحقوق فإنّ الضّمان يصحّ وإن لم يأذن المضمون عنه في ذلك قال في المقرّب: قال مالكٌ: ولو أنّ رجلين تخاصما في مطلب فقال رجلٌ للطّالب ما ثبت لك قبل فلان فأنا كفيلٌ به فاستحقّ الحقّ قبل المطلوب كان الكفيل ضامنًا. قال ابن القاسم: ولو مات الكفيل قبل أن يستحقّ الحقّ لطالبه ثمّ استحقّ بعد موت الكفيل لكان ذلك في ماله. وكلّ من تبرّع بكفالة لزمته، وكذلك من قال لرجلٍ وهو يدّعي قبل أخيه حقًّا: ما تصنع يا أخي؟ احلف أنّ حقّك حقٌّ وأنا ضامنٌ لذلك فإنّ ذلك يلزمه إن حلف المدّعي، فلو قال بعد قوله أنا ضامنٌ: إنّما قلته قولاً ولا أرى أفعله ولا أضمن لم ينفعه قوله ولا رجوعه إذا رضي المدّعي بقوله. قال ابن القاسم: ومن قال لقومٍ: اشهدوا أنّي ضامنٌ بما قضي لفلان على فلان، أو قال أنا كفيلٌ بما ادّعى فلانٌ على فلان وهما غائبان جميعًا أو أحدهما أو كانا حاضرين لزمه ما قال؛ لأنّ مالكًا ألزم المعروف من أوجبه على نفسه لو غاب الضّامن لكان ذلك في ماله ا هـ.

(قال الشّارح: أقول): وعلى الواقع في المغرب هو عمل الموثّقين في ضمان ما يتعيّن

وأحوازهما العمل على ما اعتمده القضاة وهو الخيار في قبض من شاء منهما أي من الضامن أو من المضمون، وقال التتائي: إن العمل على ما عند المختصر وهو أنه لا يطالب الضامن والمضمون حاضر ملي، ثم قال: ولعل العمل عندهم هو الذي أراد والذي يظهر أنه يعمل بما في المختصر وذلك لرجحانه ولتضرر الضامن ببيع ماله وقد فعل معروفًا، وذلك يؤدي إلى الزهد في هذا المعروف، مع أن المدين هو أولى ببيع ماله، ولأن الضامن ببيع ماله ويرجع ليحتاج إلى شراء مال بما يقبضه من المدين حين الرجوع عليه وفي ذلك كلفة، وأيضًا فإن الذي في ضمائر الناس هو أن الضامن لا يطلب إلاّ عند عجز صاحب الحق عن الأخذ من مدينه، وعلى هذا هو دخول الناس، ولذلك تجد العامة يستغربون أخذ الضامن مع حضور المدين ويسره، والناس إنما يؤاخذون بما هو مدخول عليه، وأيضًا فإن الضامن ربما يدركه الضرر الكثير لأنه إذا قبض أولاً مع يسر المدين وحضوره فإنه يدفع المال فربما يدفع المال فيجد عند الرجوع المدين قد أعدم أو مات موسرًا فيحتاج إلى إثبات الموت وعدد الورثة وغير ذلك ممّا هو معلوم مع أنه لم ينتفع بشيء، ويدل لقولنا فإن الذي في ضمائر الناس قول المعونة معللاً لهذا القول ما نصّه: إن الضمان في العادة إنما هو لحفظ الحق عن التوى أي الهلاك، ولم يوضع لأن يكون الضامن كالغريم في أصل المطالبة، فإذا صحّ ذلك لم تكن المطالبة إلاّ على الوجه الذي دخل عليه الضامن اهـ. بلفظه. واستدل في المقدمات بأنه أقل عناء ومشقة لأنه إذا أقضى للمدين على الضامن بالدفع قضى للضامن بالرجوع على المضمون عنه، فالقضاء على المدين أو لا أقل عناء إلخ فافهم هذا فقد ظلمت هنا أقوام، وما قاله ابن الناظم مستدلاً به يطول بنا تتبع ما فيه فانظره فإنه لا يخفاك إن فهمت هذا إن شاء الله تعالى، والحاصل العمل على ما في المختصر هو المنجي مع الله تعالى عند استواء حالة الضامن والمضمون كما تقدم وهو الذي تعمل به والله المعين. والموفق بمنّه وطوله وكرمه وفضله.

قوله: **(قال الشارح أقول إلخ)** هذه المسائل أشار لها في المختصر بقوله بغير إذنه كأدائه رفقًا

على الغريم من غير إذنه . وعلّل النّاظم ما ذكر من عدم اعتبار رضا المضمون عنه بأنّه قد يؤدّي الدّين عن المدين من غير إذنه، أي فكما يؤدّي عنه بغير إذنه فكذلك يضمن عنه بغير إذنه؛ لأنّ الضّامن هو بصدد أن يؤدّي عن المضمون فالضّمان أخفّ من الأداء. قال في المقرّب: قال مالكٌ: ولو أنّ رجلاً أدّى حقّا عن رجلٍ كان عليه بغير أمره لكان له أن يرجع عليه بما أدّى عنه. انتهى.

تنبيهان: الأوّل: يقيّد قوله: قد يؤدّي دين من لا إذن بقيدين: أحدهما: أن لا يقصد المؤدّي التّضييق على المؤدّى عنه والإضرار به لعداوة بينهما ونحوه فإن قصد ذلك منع، الثّاني أنّ ذلك فيمن أدّى بقصد الرّجوع على المؤدّى عنه، وأمّا إن أدّى بقصد التّبرّع والهبة فإنّ ذلك لا يلزم المؤدّى عنه إذ لا يلزمه قبول الهبة. (التّنبيه الثّاني): ما جرى عليه عمل الموثّقين من تضمينهم حضور المضمون عنه، وإذنه في الضّمان هو ما اصطلحوا عليه من بناء الأحكام على الوجه المتّفق عليه قطعًا للنّزاع والخصام، (إذ من العلماء من يشترط) رضا المضمون عنه.

ويسقط الضّمان في فساد أصل الّذي فيه الضّمان باد

يعني إذا فسدت الصّفقة الواقع فيها الضّمان فإنّ الضّمان يسقط في ذلك عن الضّامن. قال في التّوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولا يجوز ضمانٌ بجعلٍ. أمّا إذا كان الفساد في المحتمل به كما لو أعطاه دينارًا في دينارين إلى شهرٍ وتحمّل له رجلٌ بدينار فثلاثة أقوال: أحدها لابن القاسم في المدوّنة ورواه عن مالكٍ وهو قول ابن عبد الحكم: أنّ حكم الحمالة ساقطٌ، ومثله في الموّازيّة؛ لأنّ فيها وكلّ حمالة وقعت على حرام بين المتبايعين في أوّل أمرهما أو بعده فهي ساقطةٌ، ولا يلزم الحميل بها شيءٌ علم المتبايعان أنّ ذلك حرامٌ أو

لا عنتًا إلخ. قوله: **(التنبيه الثاني إلخ)** هذا قاله ابن الناظم وغيره وكأنهم لم يجدوا ما تظهروا فيه ثمرة الخلاف، وقد قال في الكافي ما نصّه: ومن ضمن رجل مالاً قد لزمه بغير إذنه لم يكن له مطالبته به قبل أدائه، فإن أداه عنه كان له أن يرجع به عليه، وإذا ضمنه بإذنه فللضامن أن يطالب الذي عليه المال إن كان حالاً بأدائه إلى ربه ليبرأ الضامن ضمانه أو يأمن فلسه اهـ. بلفظه. ونقله صاحب المفيد وسلمه. وفي ديوان ابن يونس لما ذكر أن الغريم يرجع عليه الضامن بما أدّى قال ما نصّه: حكي عن بعض القرويين أنه قال: إنما وجب للكفيل أن يرجع بالثمن فيما تكلف شراءه لأن الغريم قد علم أن الكفيل إذا طولب بما تحمل به فلم يكن عنده كلف شراءه فكأنه دخل معه على أن يغرم له ما غرم من ذلك، قال: ولو تحمل عنه بغير إذنه لوجب أن يطالب بالأقل من الثمن الذي اشتراه به ومن نفس ما عليه إلخ. وإذا صحّ ما في الكافي فهو فرع تظهر فيه الثمرة ولزم أن يقيد به قول المتن وله طلب المستحق إلخ. ولكن انظر الشرح في هذا ولا بدّ ولا بدّ عند هذا النص وعند قول المختصر ورجع بما أدّى. قوله: **(إذ من العلماء من يشترط إلخ)** قال الحفيد

جهلا، علم الحميل بذلك أو جهله. محمّدٌ: وسواءٌ كان الفساد من عقد البيع أو بسببه وهو قول أشهب: أنّ الحـمالة بالحرام أو بالأمر الفاسد باطلةٌ ووجـه هذا القول أنّ الّذي تحمّل به الحميل وهو الثّمن لمّا سـقط عن المتحمّل عنه لفساد البيع سقط عن الحـميل. القول الثّاني: أنّ الحمالة لازمةٌ علم الحميل بفساد البيع أم لا وهو قـول ابن القاسم في العتبيّة وقول غيره في المدوّنة؛ لأنّ الكفيل هو الّذي أدخل المتحـمّل له دفع ماله للثّقة به فعليـه الأقلّ من قيمة السّلعة أو الثّمن الّذي تحمّل به. الثّـالث: التّفصيل بين علم الحميل بالفسـاد فعليه أوّلا فلا شيء عليه وهو لابن القاسم في العـتبيّة، ثمّ قال: وهذا الخلاف إنّمـا هو إذا كانت الحمالة في أصل البيع الفاسد، وأمّـا إذا كانت بعد عقده فهي ساقطةٌ بالاتّفاق ا هـ بـبعض اختصار من القولين الأخيرين.

ود بما عـيّـن للمـعـيّن وهو بمـالٍ حـيث لم يـعـيّن

تقدّم أنّ الضّمان على وجهين: ضمان المال وضمان الوجه، وأخبر أنّه إن وقع الضّمان معيّنًا للمضمون من مال أو وجه فـذلك لازمٌ بلا إشكال، وإن وقع الضّمان مجملاً من غير بيان فيحمل على المال. وقال ابن يونس: اختلف فـقهاؤنا المتأخّرون إذا قال: أنا حميلٌ لك أو زعيمٌ أو كفيلٌ ولم يزد على هذا هل يحمل على أنّه حميلٌ بالمال أو على الوجه إذا عرّي الكلام من دليلٍ؟ والصّـواب من ذلك أن يكون بالمال لقوله عليـه الصلاة والسـلام «الزّعيم غـريمٌ». ولأنّ حمـيل الوجـه إذا لم يأت به غـرم المال. فالأصل في الحـمالة المال؛ لأنّه المطلوب حتّى يشـترط الوجه أو يقتـضيه لفظه، وأمّـا إن اختلفا فقـال الطّالب شرطت لك الحمالة بـالمال وقال الكفيل بالوجه وقـد أحضر الغريم معـدمًا فينبغي أن يكـون القول قول الحميل؛ لأنّ الطّالب يدّعـي اشتغال ذمّته فـعليه البيان. قـال ابن يونس: ولأنّ الحمالة من المعروف فلا يلزمه إلاّ مـا أقرّ به معطيه ا هـ. وردّ في التّوضيح الاستـدلال بالحديث المتقدّم بأمرين: أحـدهما أنّه خرج مخـرج بيان وجه المطالبة للـكفيل بما ضمنه ولم يقصـد به بيان حكم إطلاق اللّفظة. الثّـاني أنّ الغـرامة إنّمـا تكون في الأموال لا في الأبدان إذ البـدن لا يصحّ أن يغرّم، فكأنّه قال: الزّعـيم غريمٌ بما ضمن. والضّمان الّذي يتصوّر فـيه الغرامة أن يكون في المال. .

وإن ضـمـان الوجـه جاء مـجـمـلا فـالحكم أنّ المال قـد تحـمّـلا

يعني أنّ ضامن الوجه إذا لم يتـبرأ من المال وإنّما ضمن ضمانًا مـجملاً فإنّ الحكم أنّ المال لازمٌ للضّامن. قال في الرّسالة: وحميـل الوجه إن لم يأت به غرم حتّى يشترط أن لا يغرم. قال ابن فتّوحٍ: وإذا وقع ضمان الوجه مجملاً ولم يحضر الوجه ضمن أيضًا المال إلاّ

في نهـايته: الشافـعي وأبو حنيـفة يشتـرطان في رجوع الضـامن بما أداه على المضمـون أن يكون

أن يشترط أنّه يضـمن الوجه خاصّةً وليس عليه من المال شيءٌ فله شـرطٌ. وفي المقرّب قال سحنونٌ: قال ابن القـاسم: قال مـالكٌ: تكفّل بوجه رجلٍ إلى أجلٍ فـمضى الأجـل فإنّ السّلطان يتلوّم له، فإن أتى به وإلاّ غرم المال، (فـإن أغرمه ثمّ أتى به) لم يكن له أن يرجع على الّذي أخذه منه ولكن يتبع به الّذي تحـمّل به عنه. قلت لابن القاسم: فإن أتى بهِ عند الأجل لم يكن عليه من الحمالة شيءٌ إن كان الّذي عليه الحقّ عديمًا. ا هـ ثمّ قال:

(وجــائزٌ ضـمــان مــا تأجّــلا) مــعــجّــلاً وعــاجلٍ مــؤجّــلا

الضمـان بإذنه ومالك لا يشـترط ذلك، وبه تعلم هذا المخالف هنا وإن لـم ينقله شراح المختـصر والتحفة.

قوله: **(فإن أغرمه ثم أتى به إلخ)** انظر عند قول المختصر مخرجًا من الغرم لا إن أثبت عدمه أو موته في غيبته ولو بغير بلده ورجع به، فإن قـوله في غيبته هو راجع لقوله أو موته بدليل قوله ولو بغير بلده، وقد وقع الخلاف في بعض صور الموت في الغيبة، وأما قوله عدمه فلا فرق بين أن يثبت في غـيبة أو فـي البلد، ولا معارضـة بين هذا وبين قول المختـصر ولو عـديمًا لأن ذلك قبل الحكم وهنا ظهور العـدم بعده، وقول المتن: لا إن أثبت إلخ إنما هو بعـد الأداء بدليل قوله ورجع به، وقوله ورجع به قال الحطاب مـا نصّه: وانظر إذا غرم ثم أثبت أنه كان عديمًا قـبل القضاء هل يرجع أم لا؟ وكـأن الحطاب لـم يقف على قول اللخـمي: وإن كان مـعسـرًا عند حلول الأجل ردّ الحكم وإن غرم الحميل المـال استرجعه إلخ. وعلى هذا فقول المتن لا إن أثـبت عدمه أي ولو بعد الحكم عليه بالغرم ودفـع المال، وقول المتن أن الغريم مات في غيـبته قبل القضـاء إلخ يفيد أنه إذا ثبت موته بعد القضاء أنه لا يرجع بما أدى كقول المتن ولا يسقط بإحضاره وهذا هو الذي تدل عليه النصوص، ولكن لا يفهم هذا فهمًـا تامًا إلاّ إذا وقف على كلام الناس في الشرح. وقول الناظم: **(وجـائز ضـمـان ما تأجـلا إلخ)** هذا يحـتاج إلى كـلام طويل ولذلك أطال هذا الشارح، وكـلام المختصر جامع لذلك إن شرح على ما ينبغي ونـصّه عاطفًا على ما يجوز والمؤجل حالاً إن كان ممّا يعجل وعكسه إن أيسر غريمه أو لم يوسر في الأجل وبالموسر أو المعسر لا بالجميع اهـ. فقوله: إن كان ممّا يجـعل الذي يعجل هو العين مطلقًـا والعرض من قرض والذي لا يعـجل العرض من بيع وقوله حالاً ومثله إن كان لدون الأجل وأما للأجل فجـائز ولا بعد ممتنع لأن التأخير سلف وانتفع بزيادة التـوثق، وظاهر المتن في قوله: إن كـان ممّا يعجل أنه إذا كـان لا يعجل فإنـه لا يجوز ولو قصـد بإعطاء الضامن نفع الطالب وهو كذلك، وكـلام اللخمي مردود هنا وإن لم ينبـه عليه ابن عرفـة والجماعـة. وقوله: وعكسـه إلخ العكس هو أن يكون الدين حالاً في الحـال ويؤخره على ضامن فإن ذلك جائز لأنه قـادر على أخذ ماله فإذا أخّره به فهو كـابتداء سلف على ضامن وذلك جائز. وقـوله: أو لم يوسر فـي الأجل هو جائز أيضًـا لأن تأخير المـدين إلى اليسـر واجب فلا سلف، ومفهومـه إن كان يوسر في الأجل فإن ذلك لا يجوز لأن تأخيره بعـد اليسر سلف وانتفع بالضامن. وقوله: وبالموسر إلخ أي بالموسر به أو المعسـر به مثاله أن يكون الدين مائتا درهم موسر

قوله وجائزٌ ضمان ما تأجّلا معجّلاً يعني أنّ من له دينٌ على رجلٍ إلى أجلٍ فإنّه يجوز له أن يأخذ منه حميلاً بذلك الدّين على أن يوفّيه عاجلاً إمّا الآن أو قبل الأجل؛ (لأنّ ما قبل الأجل) يصدق عليه أنّه معجّلٌ وإلى هذا الفرع أشار بقوله وجائزٌ ضمان ما تأجّلا معجّلاً وكذا يجوز أن يعطيه الحميل بالمؤجّل إلى الأجل نفسه كما سيأتي عن المدوّنة. وفهم من قوله: «معجّلاً» أنّه لو أعطاه الحميل لأبعد من الأجل لم يجز؛ لأنّه سلفٌ جرّ نفعًا فالسّلف التّأخير بعد الأجل، والنّفع التّوثّق بالحميل وهذا إذا كان الدّين ممّا للمدين تعجيله قبل أجله كالعين من بيعٍ أو قرضٍ، والعرض والحيوان والطّعام من قرضٍ، وأمّا إذا كان الدّين عرضًا أو حيوانًا من بيعٍ فلا يجوز أن يعطيه حميلاً بالدّين المؤجّل حالاًّ؛ لأنّه من باب حطّ عنّي الضّمان في المدّة الباقية من الأجل وأزيدك توثّقًا بالحميل قال في المدوّنة: قال ابن القاسم: ومن له على رجلٍ دينٌ إلى أجلٍ وأخذ منه قبل الأجل حميلاً أو رهنًا على أن يوفّيه حقّه إلى الأجل أو إلى دونه فذلك جائزٌ؛ لأنّه زيادة توثّق. ابن يونس: إنّما يجوز إلى دون الأجل إن كان الحقّ ممّا له تعجيله وأمّا إن كان حيوانًا من بيعٍ فلا يجوز لأنّه من باب حطّ عنّي الضّمان وأزيدك توثّقًا. (ونقل في التّوضيح) عن ابن عبد السّلام ما نصّه وليس ببيّنٍ لأنّ ربّ الدّين ما أخذ زيادةً في نفس الحقّ، ولا منفصلةً ينتفع بها، وإنّما قصد التّوثّق، وذلك يدلّ على أنّه لا غرض له في التّأخير، ولا غرض للآخر في بقاء الدّين في ذمّته. وتظهر فائدته مع التّأخير لا مع التّعجيل. ا هـ وفي المقرّب قال ابن القاسم: وإن أخذ منه حميلاً قبل محلّ الأجل أو رهنًا على أن يعطيه حقّه قبل محلّ الأجل أو بعد محلّه فلا بأس بذلك؛ (لأنّه لا تهمة فيه). وقال فيه: ومن أعطى لصاحب الحقّ حميلاً قبل محلّ أجل الدّين على أن يؤخّره إلى أبعد من الأجل لم يصحّ ذلك، وإن كان قد حلّ أجل الدّين

بمائة ومعسر بمائة فيجوز تأخير إحدى المائتين بضامن وأما بهما فلا لأنه سلف جر نفعًا إذ تأخيره بالموسر بها سلف وانتفع بضمان المعسر بها ولكن انظر الشرح وكلام ابن عبد السلام هنا مرتضى عندنا بدليل كلام الناس فاستعن بهذا التحرير على ما طول به الشارح.

قوله: **(لأن ما قبل الأجل إلخ)** هذا ذكره غير واحد في بيوع الآجال في عبارة المختصر واعترضه بعضهم لكن الأمر في هذا للصدق قريب لأن حكم المسألتين واحد المعجل حقيقة وما دون الأجل. قوله: **(ونقل في التوضيح إلخ)** هذا فيه نظر لأن رب الحق يخاف فليس المدين قبل الأجل وعنده. قوله: **(لأنه لا تهمة فيه إلخ)** هذا في صور التأخير للأجل ظاهر، وأما فيما دون الأجل فذلك بشرط أن يكون الدين ممّا يعجل بدليل كلامه السابق، ولو زاد الناظم بعد هذا البيت:

وشرط ما أجل قبض لزما ... معجل يسر مدين تمما

لكان أتم وأبين.

فلا بأس بذلك، وكذلك الرّهن في هذا. وقال ابن القاسم: لأنّ ذلك بمنزلة من أسلف سلفًا عن ظهر يدٍ وأخذ به حميلاً. وإلى فرع النّاظم أشار الشّيخ خليلٌ بقوله في مختصره والمؤجّل حالاً إن كان ممّا يعجّل قوله: وعاجلٍ مؤجّلاً عاجلٍ بالخفض عطفٌ على ما والمعنى أنّه يجوز لمن له دينٌ حالٌّ وعن حلوله عبّر بعاجلٍ أن يأخذ من المدين حميلاً بذلك الدّين إلى أجلٍ، وأطلق في الجواز وقيّده غيره بما إذا كان المدين موسرًا؛ لأنّه كابتداء دينٍ بحميلٍ. اللّخميّ: إن حلّ الدّين فأعطاه حميلاً على أن يؤخّره فإن كان الغريم موسرًا بجميع الحقّ كان التّأخير والحمالة جائزةً. اهـ وكذا إن كان عديمًا وكان لا يوسر في الأجل كالمحبس عليه أصولٌ لها غلاتٌ ليس له منها إلاّ ما يقبض في تلك الغلات فإن كان عليه دينٌ فأعطاه حميلاً به لستّة شهورٍ مثلاً ولا توجد غلّة أصوله ولا يحلّ بيعها إلاّ بعد ستّة أشهرٍ فأكثر فذلك جائزٌ أيضًا؛ لأنّه معسرٌ وإنظاره واجبٌ. التّوضيح: أمّا إن لم يوسر إلاّ عند الأجل أو بعده فيجوز باتّفاقٍ. اهـ. وأمّا إن كان عديمًا ويوسر بعد ثلاثة أشهرٍ مثلاً في المثال المذكور لوجود الغلّة في ذلك الزّمان ففي جواز التّأخير لتمام الأجل ومنعه قولان لابن القاسم وأشهب وعلى قول ابن القاسم ذهب في المختصر، حيث قال: وعكسه إن أيسر غريمه أو لم يوسر في الأجل، إذ مفهومه أنّه إذا أيسر في الأجل لم يجز وهو قول ابن القاسم. وإلى مسألة الخلاف فيه أشار ابن الحاجب في قوله: ولو شرط الأجل في الحال والغريم معسرٌ يوسر في مثله منعه ابن القاسم وأجازه أشهب. التّوضيح: يعني لو شرط الضّامن التّأجيل بالدّين الحالّ على الغريم والغريم حينئذ معسرٌ يوسر قبل تمام الأجل فهل يمنع؟ لأنّ الزّمان المتأخّر عن يساره يعدّ صاحب الحقّ فيه مسلّفًا؛ لأنّه أخّر ما عجّل فيمتنع؛ لأنّه مسلّفٌ قد انتفع بالحميل الّذي أخذه من غريمه، وهو قول ابن القاسم. وهذا على أنّ اليسار المترقّب كالمحقّق أو يجوز؛ لأنّ الأصل استصحاب عسره، ويسره قد لا يكون فلم يضرّه وكان المعسر تبرّع بالضّمان، وهو قول أشهب. أمّا إن لم يوسر إلاّ عند الأجل أو بعده فيجوز باتّفاقٍ وهذا مفهوم المصنّف، وقوله في مثله لفظة مثل زائدةٌ لأنّ المراد في الأجل قبل فراغه. ومعنى قوله: يوسر قبل أي الغالب عليه أن يوسر قبله كبعض أصحاب الغلات[٤٦]، وفهم من قوله: والغريم معسرٌ أنّه لو كان موسرًا لجاز، وكذلك نصّ عليه اللّخميّ. كلام التّوضيح بلفظه وقد أطال الشّارح هنا بمسألة سئل عنها الأستاذ أبو سعيد بن لبٍّ هي من معنى ما نحن بصدده فليراجعها فيه من أرادها.

وما على الحميل غرم ما حمل ... إن مات مضمونٌ ولم يحن أجل

يعني أنّه إذا مات الغريم المضمون عنه قبل حلول أجل الضّمان فلا غرم على الحميل إذ ذاك، فإن ترك المضمون مالاً أخذه صاحب الدّين وبرئ الضّامن فلا غرم عليه رأسًا، وإن

(٤٦) الغلات: جمع غله وهو الدخل من كراء دار أو ريع أرض.

لم يترك مالاً فلا غرم على الحميل أي الآن قبل حلول الأجل، وأمّا بعد حلوله فيغرم. فنفي الغرم عن الحميل المذكور في البيت هو عند موت الغريم، ولا إشكال أنّه لا غرم عليه حينئذ. قال في المقرّب: وإن مات الّذي عليه الحقّ قبل حلول الأجل كان للّذي له الحقّ أن يأخذ من ماله، فإن لم يكن له مالٌ لم يكن له أن يأخذ الكفيل حتّى يحلّ الأجل. ونحوه نقل الموّاق عن المدوّنة (قال ابن عرفة: وموت الغريم مليًّا) يوجب تعجيل القضاء من تركته، وموته عديمًا لا يوجب على الحميل تعجيله اهـ. هذا حكم موت الغريم قبل حلول أجل الدّين. أمّا إذا مات الضّامن قبل الأجل قال في المدوّنة: قال مالكٌ: إذا مات الضّامن قبل الأجل فللطّالب تعجيل حقّه من تركته ثمّ لا رجوع لورثته على الغريم حتّى يحلّ الأجل وله محاصّة غرمائه أيضًا اهـ. وفي ابن عرفة أثر ما تقدّم عنه. وفي كون موت الحميل يوجب تعجيل الحقّ من تركته ويقتضيه وارثه عند حلوله ووقفه لحلوله فإن حلّ والغريم مليءٌ ردّ لوارثه وإلاّ أخذه الطّالب روايتان له ولابن وهب وعبد الملك. وعلى الرّواية الأولى ذهب الشّيخ خليلٌ حيث قال: وعجّل بموت الضّامن ورجع وارثه بعد أجله وقد كنت نظمت بيتًا في حكم موت الضّامن وهو:

وعجّل الحقّ بموت من ضمن ... وارثه يرجع بعد أن يحن

قال النّاظم - رحمه الله -:

ويأخذ الضّامن من مضمونه ... ثابت ما أدّاه من ديونه

يعني أنّ الضّامن إذا أدّى الحقّ الّذي ضمنه من مال نفسه وثبت ذلك يعني إمّا ببيّنة أو بإقرار المضمون له فإنّه يرجع على المضمون عنه بما أدّى عنه من الدّين. ابن الحاجب: ويرجع بما أدّى ببيّنة أو بإقرار المضمون له ولا يكفيه إقرار المضمون عنه. وفي كتاب محمّد من تحمّل بعبدٍ أو حيوانٍ أو عرضٍ أو طعامٍ فأدّاه الحميل من عنده رجع بذلك كلّه بمثله؛ لأنّه سلفٌ ابن يونس: وهو الصّواب وفي التّوضيح: فرعٌ ويرجع بمثل ما أدّى إذا كان

قوله: **(قال ابن عرفة وموت الغريم مليًّا إلخ)** قال في المختصر: وعجل بموت الضامن ورجع وارثه بعده أو الغريم إن تركه وقد أشار لنص التهذيب، وإذا مات الكفيل قبل الأجل فللطالب تعجيل الدين من تركته ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحلّ الأجل وله محاصة غرمائه أيضًا، وإن مات الغريم تعجل الطالب دينه من ماله، وإن لم يدع مالاً لم يتبع الكفيل حتى يحلّ الأجل، وإن مات الغريم مليًا والطالب وارثه بريء الحميل لأنه إن غرم للطالب شيئًا رجع عليه بمثله في تركة الميت والتركة في يديه فصارت كمقاصة، وإن مات الغريم معدمًا غرم الكفيل اهـ. بلفظه وهو في غاية الحسن، ونقله أحسن من نقل غيره مع تمامه، وزاده أبو الحسن حسنًا فقف على الشرح فيه. وفي ضامن الوجه هنا مسائل كثيرة تتعلق بما في المختصر والتحفة.

مثليًّا، واختلف إذا تكفّل بعرضٍ وأدّاه. فالمشهور وهو قول ابن القاسم وأشهب يرجع بمثله؛ لأنّه كالسّلف. (وفي سماع أبي زيد): المطلوب مخيّرٌ إن شاء دفع مثله وإن شاء دفع قيمته. وفي الواضحة: «لأنّه لا يغرم إلاّ مثّله» (قال في البيان): «ولا خلاف أنّه إن اشترى العرض أنّه يرجع بثمنه الّذي اشتراه به ما لم يحاب فلا يرجع بالزّيادة» ا هـ.

والشّاهد العدل لقائمٍ بحق إعطاء مطلوبٍ به الضّامن حق

يعني أنّ من ادّعى دعوى وأقام عليها شاهدًا واحدًا عدلاً فإنّ من حقّه أن يأخذ من المطلوب المدّعى عليه ضامنًا بذلك الحقّ. قال الشّارح: لأنّ الحكم قد قارب أن يتوجّه إمّا بإضافة شاهد ثان للأوّل، وإمّا بيمين القائم مع شاهد، وأيّا ما كان فيجب الحكم به. والضّامن في هذا الموضع ممّا يتعيّن على المضمون عنه ويظهر أنّ هذا إنّما يكون من عند من يجيز الحكم بالشّاهد واليمين. ففي كتاب ابن يونس قال ابن القاسم: وإن سأله كفيلاً بالحقّ حتّى يقيم البيّنة لم يكن له ذلك إلاّ أن يقيم شاهدًا فله أخذ الكفيل وإلاّ فلا، إلاّ أن يدّعي بيّنةً يحضرها من السّوق أو من بعض القبائل، فليوقف القاضي المطلوب عنده لمجيء البيّنة فإن جاء بها وإلاّ خلّى سبيله. وهذا الّذي نقل ابن يونس عن ابن القاسم. وإن ادّعى بيّنةً كبالسّوق وقفه القاضي عنده. انتهى كلام الشّارح.

(وظاهر كلامه) هنا أنّ الحميل مع الشّاهد بالوجه، وكذا ظاهر كلامه آخر الشّهادات حيث قال: كحسابٍ وشبهه بكفيلٍ بالمال كأن أراد إقامة ثانٍ أو لإقامة بيّنةٍ فبالحميل بالوجه

قوله: **(وفي سماع أبي زيد إلخ)** ليس هذا هو المذهب. وقوله: **(قال في البيان)** صحيح وما قاله التتائي ومن وافقه لعل كلام ابن رشد طريقة لا تصحّ والله أعلم. وصاحب المختصر قال: ورجع بما أدّى ولو مقومًا إن ثبت الدفع فقوله بما أدّى بمثله إذ الرجوع بالمؤدى لا يتوهم لأنه أخذه رب الحق، وما لفظ عام فيشمل أنه يرجع بمثل المقوم ومثل المثلي إن أدّاه من عنده، ويشمل ثمن المقوم وثمن المثلي إذا اشتراهما إذ هذا كله أداء لأنه سلف بدليل قول ابن يونس: ويرجع بمثل المقوم لأنه مسلف، وأيضًا المراد بما أدّى هو ما خرج من يده، وما ذكره التتائي ومن وافقه ليس هو كذلك، هذا كلام اللخمي وابن رشد وابن يونس وغيرهم. وذكر ابن يونس عن بعض القرويين أنه يرجع بالثمن الذي اشترى به إن كان الضمان بإذن المضمون عنه وإلاّ فيرجع بالأقل من الثمن ونفس ما تحمل به، وقدمناه بلفظه عند قول الناظم: ولا اعتبار برضا من ضمنا، ولا فرق في الرجوع بالثمن بين أن يكون أقل من قيمة ما تحمل به أو أكثر، وقد بيّنا هذا كله في الشرح بنصوص العلماء.

قوله: **(وظاهر كلامه إلخ)** إذا أقام الطالب شاهدًا بالحق هل يجب له ضامن بالمال أو بالوجه؟ في ذلك اضطراب، فقال أبو الحسن على المدونة ما نصّه: قال أبو إسحاق في المدونة ما ظاهره: إنه إن أقام شاهدًا بالحق أن عليه كفيلاً بالمال وقد يكون فيه تأويل لأن الكلام محتمل،

على قاعدته الأكثريّة من رجوع القيد لما بعد الكاف. وفي التّوضيح: آخر الشّهادات ما هو صريحٌ في أنّ الحميل بالمال ولفظه فأمّا المطلوب إذا أجّل لدفع البيّنة فللطّالب أخذ حميلٍ بالمال. المازريّ: وكذلك لو أقام عليه شاهدًا وطلب ذلك المدّعي أن يأتي بشاهد آخر. ا هـ محلّ الحاجة منه، فظاهر قول المازريّ وكذلك. إلخ أو صريحه أنّ الحميل بالمالّ لا بالوجه والله أعلم. ثمّ قال - رحمه الله -.

وضامن الوجه على من أنكرا دعوى امرئٍ خشية أن لا يحضرا

من بعد تأجيلٍ لهذا المدّعي بقدر ما استحقّ فيما يدّعي

وقيل إن لم يلف من يضمنه للخصم لازمه ولا يسجنه

وأشهب بضامن الوجه قضى عليه حتمًا وبقوله القضا

لّما ذكر في البيت قبل هذا حكم من ادّعى دعوى وقام له بها شاهدٌ ذكر هنا حكم من ادّعى دعوى ولا مصدّق له من شاهد ولا غيره وزعم أنّ له بيّنةً على ذلك وأنكر المدّعى عليه فإنّ الحكم في ذلك أن يضرب القاضي للمدّعي أجلاً لإثبات دعواه بقدر ما يليق به، ولا ضرر فيه على المدّعى عليه ويأمر المدّعى عليه بإعطاء حميلٍ بالوجه خشية أن لا يجده المدّعي إذا أتى ببيّنة. ولذلك (قال: خشية أن لا يحضر) أي ليقيم البيّنة على عينه. فإن لم يجد من يضمنه فيقول للمدّعي لازمه ولا يسجنه بمجرّد الدّعوى. هذا مذهب ابن القاسم.

فالصواب أنه لا يأخذ حميلاً بالمال إذا أثبت شاهداً إلاّ بعد أن يحلف الشيخ وهذا غير بيّن، لأن الذي يجب بعد الحلف مع الشاهد إنما هو الغرم إلخ. انظر عند قول المتن: ولم يجب وكيل للخصومة ولا كفيل بالوجه بالدعوى إلاّ بشاهد، وإن ادّعى بينة بكالسوق وقفه القاضي عنده إلخ آخر الضمان. وكلام من قال إن قول المتن إلاّ بشاهد أن الضامن بالمال وأن الاستثناء منقطع، وانظر قول أبي الحسن الشيخ وهذا غير بيّن إلخ عند قول المتن ومن استهمل لدفع بيّنة أمهل بالاجتهاد كحساب وشبهه بكفيل بالمال كأن أراد إقامة ثان أو بإقامة بيّنة فبحميل بالوجه إلخ في شرح هذا المحل والجواب عمّا ذكره أبو الحسن، لكن في مفيد ابن هشام أن مذهب سحنون لا يجب الضامن بالمال إلاّ مع شاهدين وبه العمل فاعرفه، هذا لفظه وهو فرع غريب قلّ من يعرفه ولذلك قال فاعرفه والله أعلم، انظر آخر المفيد فإنه يقتضي كلامه أن مذهب ابن القاسم يجب الضامن بالمال بشاهد واحد، ولكن العمل على قول سحنون وعلى ما قاله المفيد من العمل يظهر لك ما في المسألة، ولكن هذا ملخصه والبرزلي وافق صاحب المفيد في هذا.

قوله: **(خشية أن لا يحضر)** أي ليقيم البينة على عينه عبارة المفيد معدداً لما خالفت فيه الأندلس ابن القاسم ما نصّه: وأوجبوا الحميل على من لا تعرف عينه لتشهد البينة على عينه، وإن عجز عنه وكانت البينة غائبة سجن قاله أشهب اهـ. بلفظه. وحاصل ما لخصناه من كلام الناس

قال أشهب: لا بدّ من ضامن الوجه فإن لم يجده سجن والقضاء بقوله. وإنّما يسجن على هذا القول بعد أن يحلف المدّعي أنّ له بيّنةً غائبةً وليس في النّظم ما يشعر بحلفه. هذا حاصل ما نقل الشّارح عن الوثائق المجموعة مع طول عبارتها. فقوله وضامن الوجه مبتدأٌ ومضافٌ إليه، وعلى من أنكرا خبره أي واجبٌ أو لازمٌ، وخشية مفعولٌ من أجله، ومن بعد يتعلّق بما تعلّق به الخبر وفاعل استحقّ للمدّعي أي يؤجّل المدّعي بقدر ما استحقّ من التّأجيل ممّا يسعه من إقامة البيّنة ولا ضرر فيه على المدّعى عليه وقوله وقيل إن لم يلف من يضمنه أي يقال للمدّعي وهو الّذي كنّى عنه بالخصم فللخصم يتعلّق بقيل إن لم يوجد من يضمن وجه المدّعى عليه وقوله: لازمه هذا هو المحكيّ بالقول والله أعلم.

ويبرأ الحميل للوجه متى أحضر مضمونًا لخصمٍ ميّتا

(يعني أنّ الحميل بالوجه الّذي اشترط) أن لا يغرم المال يبرأ من الحمالة بإحضار

عند قول المتن: ولم يجب وكيل للخصومة إلخ أن البينة القريبة يلزم فيها المطلوب الحميل بالوجه، فإن عجز عنه حلف الطالب أن له بينة وسجن له، وأما البعيدة يحلف يها المطلوب ويسرح ولا يطلب بغير ذلك، والذي به العمل في البعيدة تحليف الطالب أن له بينة ويسجن المطلوب، ولا تسقط بينة الطالب في البعيدة مع حلف المطلوب على قول من لا يرى حبسه وأنه يحلف ويسرح، ولا فرق في هذا الضامن بحسب ظاهر كلامهم في إعطاء الضامن بين مجهول ليشهد على عينه وبين من يعرف ويخاف هروبه وهو أمر ظاهر، فإن المعروف قد يفرّ فلا يجد عند الإتيان بالبينة مع من يتحاكم معه، ولا من يأخذ ما شهد له به، والخلطة ليست هنا شرطًا في إعطاء الضامن وإن ذكرت في أنقال لأن ذلك على الأمر الأول والعمل خلاف قول المتن ولم يجب وكيل، ومرادهم بالوكيل هنا من عليه الحق بحسب الدعوى من المدعي، ولم يذكر في الوثائق المجموعة حلف الطالب إلا في الغيبة البعيدة لكن في ابن الهندي والفشتالي ما ذكرناه ولكن في الوثائق أظهر لأن الحبس في البعيدة أكثر مشقة على المحبوس من القريبة. وكذلك لم يذكروا هذه البينة القريبة من غير ما في السوق ونحوه وحكمها في المتن. وقال اليرتاسني في يمين الطالب ما نصّه: قلت هذه اليمين يغفل عنها الحكام الآن وهي حسنة لا سيما فيمن يفهم منه التضييق على المدعى عليه حيث يعلم أنه لا يجد ضامنًا حتى يضطره الحال إلى أن يصالحه بشيء يعطيه له في دعواه، وقيل: إن لم يجد ضامنًا فإنه يحلف أنه لا يجد ضامنًا ولا يقدر عليه إلخ، وهذا تنبيه حسن غاية وبالغ في النصح النهاية، لكن من مارج الناس وابتلي بالقضاء وكانت له مراقبة مع الله فهم هذا، وهنا يحتاج القاضي إلى لبّه وفهمه، فإن رأى القرائن تدل على صدق الطالب في الجملة أخذ بالقول بالسجن بعد حلف الطالب وإلاّ أخذ بمقابله وهو تحليفه وتسريحه، وتحليفه أنه لا يجد ضامنًا فإن القاضي إذا راقب مولاه رزقه الله هداه، وفي المسألة خلاف غير هذا انظر شرحنا لقول المتن: ولم يجب وكيل إلخ آخر الضمان، وعند قوله آخر الشهادات، ومن استهل إلخ. قوله: **(يعني أن الحميل بالوجه الذي اشترط إلخ)** تبع ابن الناظم في قوله الذي اشترط إلخ وذلك فاسد، وإنما

المضمون للمضمون له سواءٌ أحضره حيًّا أو ميتًا. قال اللّخميّ: والحمالة بالوجه تسقط عن الحميل بإحضار المضمون وإن كان معدمًا، وكذلك إن كان حاضر البلد مسجونًا كان سجنه ذلك في حقٍّ أو تعديًا عليه؛ ولأنّ ذلك كموته إذا تعدّى عليه بالسّجن. ومن المقرّب في الحمالة بالوجه: وإن مات الغريم برئ الحميل أيضًا، لأنّه إنّما تحمّل بنفسه وقد ذهبت نفسه. ا هـ ومفهوم قوله: أحضر أنّه إن لم يحضره، وإنّما أثبت موته فإنّه لا يبرأ بذلك وهو كذلك..

وأخّروا السّائل للإرجاء ... كاليوم عند الحكم للأداء

إن جاء في الحال بضامنٍ وإن ... لم يأت بالحميل بالمال سجن

هذه المسألة من باب المديان، وإنّما ذكرها هنا لمناسبتها بالباب في مطلق إعطاء الضّامن، والإرجاء التّأخير، يعني أنّ المديان إذا حكم عليه بأداء الدّين وسأل أن يؤخّر الزّمان اليسير كاليوم وشبهه فإنّه يجاب إلى ما سأل لكن إن جاء بضامنٍ يضمن المال لصاحبه يعني أو جاء برهنٍ فإن لم يأت بواحد منهما فإنّه يسجن. (ففي أحكام ابن سهلٍ) سئل سحنونٌ عمّن عليه دينٌ فسأل أن يؤخّر يومًا أو نحوه قال: يؤخّر ويعطي حميلاً بالمال فإن لم يجد حميلاً بالمال إلى يومٍ ولا وجد المال سجن. وفي مختصر الشّيخ خليلٍ: وإن وعد بقضاء دينٍ وسأل تأخيره كاليوم أعطى حميلاً بالمال وإلاّ سجن.

الكلام في ضامن الوجه الذي لم يشترط أنه لا يغرم المال، وأما الذي اشترط أنه لا يغرم فهو ضامن طلب ولا يضمن إلاّ إذا فرط أو هربَ وهو قول المتن وبالطلب وإن في قصاص كأنا حميل بطلبه أو اشترط نفي المال إلى قوله: وغرم إن فرط أو هرب إلخ. وأيضًا كلام هذا الشارح يقتضي أنه إذا لم يشترط ما ذكر فإنه يضمن حتى مع حضور المدين، وأيضًا ضامن الوجه إذا أثبت موت المدين فإنه لا ضمان عليه مطلقًا على المذهب والتفصيل المذكور عند الشارح مقابل، وهذا يرد على الناظم أيضًا بحسب مفهوم كلامه، وانظر الشرح في هذا عند النص المذكور هنا وهو قوله: وبالطلب يظهر لك ما ذكرناه والعلم عند الله تعالى.

قوله: **(ففي أحكام ابن سهل إلخ)** فالذي في ابن سهل بعد كلام هو قوله ما نصّه: فالذي نقوله إن ثبت عليه دين ولم يكن من أهل الناض أنه يؤجل في بيع ربعه الشهر وأكثر إلى الشهرين فهذا ما عندنا قاله ابن لبابة وابن وليد هذا لفظه: وحاصل ما لخصناه على قول المتن وإن وعد بقضاء وسأل تأخير كاليوم أعطى حميلاً بالمال وإلاّ سجن أن التأخير باجتهاد القاضي باعتبار قلة المال وكثرته وتيسر الحال على الشخص وتعسره ممّا لا يضر المدين ولا صاحب الحق، قف على الشرح فإن ما في المتن إنما هو من سؤال المدين، وإلاّ فالأمر أوسع من هذا بدليل ما تراه من الأنقال في المحل المذكور قف عليه ومراده على ما ذكرناه وبه جرى العمل وكلام هذا الشارح موهم.

باب الوكالة وما يتعلق بها

ابن عرفة: الوكالة نيابة ذي حقٍّ غير ذي امرأة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته. قوله: «ذي حقٍّ» أخرج به من لا حقّ له فإنّه لا نيابة له، وقوله: «غير ذي امرأة» أخرج به الولاية العامّة والخاصّة، وقوله: «ولا عبادة لغيره فيه» أخرج به إمامة الصّلاة وقوله: «لغيره» متعلّقٌ بنيابة، والضّمير عائدٌ على المضاف إليه الّذي هو صاحب الحقّ، وقوله: «غير مشروطة بموته» أخرج به الموصي؛ لأنّه لا يقال فيه عرفًا: وكيلٌ، ولذا فرّقوا بين فلان وكيلي ووصيّي. اهـ وقد عقد النّاظم في هذا الباب الكلام على الوكالة بقسميها من تعميم وتخصيص. ومسائلها ممّا يكثر وقوعها بين يدي القضاة. هذا مع أنّ الوارد عن أهل العلم ﷺ في ذمّ الخصومة على الجملة وفيما يخصّ عين المسألة ممّا لا يحصى كثرةً، فمن ذلك ما حكاه المتيطيّ قال: وكره مالكٌ الخصومات لذوي الهيئات. وحكي عن ابن شعبان قال مالكٌ: أرى المخاصم رجل سوء. وقالت عائشة ﷺ: قال النّبيّ ﷺ: «أبغض الرّجال إلى اللّه الألدّ الخصم»(٤٧). وفي جامع البيان: عن عبد اللّه بن عمر أنّه قال: من حالت شفاعته دون حدٍّ من حدود اللّه فقد حادّ اللّه، ومن تكلّم في خصومةٍ لا علم له بها لم يزل في معصية اللّه حتّى ينزع.

يجوز توكيلٌ لمن تصرّفا في ماله لمن بذاك اتّصفا

يعني أنّه يجوز للإنسان أن يوكّل على قبض حقوقه واقتضاء ديونه وغير ذلك من أموره لكن إنّما له ذلك إذا كان رشيدًا لا حجر عليه لأحد، وعلى ذلك نبّه بقوله لمن تصرّفا في ماله فالرّشد شرطٌ في الموكّل بالكسر، وكذلك يشترط في الموكّل الرّشد أيضًا، وعلى ذلك نبّه بقوله: لمن بذاك اتّصفا فيشترط في الموكّل بالفتح الرّشد أيضًا، وفهم من ذلك أنّ المحجور لا يوكّل غيره على حقوقه، ولا يكون وكيلاً لغيره. ابن عرفة: قال ابن شاس كلّ من جاز تصرّفه لنفسه جاز توكيله، ومن جاز تصرّفه لنفسه جاز كونه وكيلاً إلاّ لمانع. ومسائل المذهب واضحةٌ به وبامتناع توكيل من ليس له جائز الأمر. وفي سماع يحيى: في توكيل بكرٍ من يخاصم لها، توكيلها غير جائزٍ لها؛ لأنّها لا تلي هذا من أمرها إنّما يليه وصيّها ومن يوكّله السّلطان. ووقع في المدوّنة ما يوهم صحّة وكالة المحجور عليه في

(٤٧) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٤٥٧، ٤٥٢٣، ٧١٨٨)، ومسلم (٢٦٦٨)، والترمذي (٢٩٧٦)، والنسائي (٥٤٣٨)، وأحمد في المسند (٦/ ٥٥، ٦٣، ٢٠٥)، وابن حبان في صحيحه (٥٦٩٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٠٨)، والبغوي في شرح السنة (٢٤٩٩).

عتقها. الثّاني إن دفع العبد مالاً لرجلٍ على أن يشتريه ويعتقه ففعل فالبيع لازمٌ، فإن استثنى ماله لم يغرم المال ثانيًا وإلاّ غرمه ويعتق العبد ولا يتبع بشيءٍ. ثمّ قال الشّارح: وأمّا منع كون الوكيل محجورًا عليه فقال اللّخميّ: لا يجوز؛ لأنّه تضييعٌ للمال قلت: وعليه عمل أهل بلدنا. وظاهر كتاب المديان جوازه، ففيها ما نصّه قلت: إن دفعت إلى عبد أجنبيٍّ محجورٍ عليه مالاً يتّجر لي به أو ليتيم محجورٍ عليه ثمّ لحقهما دينٌ يكون في دمّتهما؟ قال: قال مالكٌ: يكون في المال الّذي دفع إليهما وما زاد فهو ساقطٌ عنهما. قلت: ظاهره جواز توكيلهما إلاّ أن يقال: إنّما تكلّم عليه بعد وقوعه. والأوّل أظهر وهو الأكثر من أخذ الشّيوخ الأحكام من مفروضات المدوّنة ا هـ فقف على أنّ مسائل المدوّنة تؤخذ منها الأحكام، ولا يقال إنّ تلك الأحكام هي بعد الوقوع والنّزول لا ابتداءً واللّه أعلم. وفي شرح الحطّاب لقول الشّيخ خليلٍ في باب الشّركة وإنّما تصحّ من أهل التّوكيل بعد أن أطال الكلام على توكيل المحجور وتوكّله ذكرًا كان أو أنثى بكرًا أو غيرها. ثمّ قال: (فتحصّل من هذه النّقول) أنّ توكيل المحجور عليه في الخصام في تخليص ماله وطلب

قوله: **(فتحصل من هذه النقول إلخ)** الحطاب ترك بعض هذه المسائل وكملناه في شرحنا الذي لخصناه عند قول المختصر في الشركة: وإنما تصحّ من أهل التوكيل، والتوكل أن العمل جار بتوكيل المحجور عليه على حقوقه المالية، وأما نحو العصمة فلا إشكال لأنه غير محجور عليه فيما يتعلق بعصمته، وأما كون المحجور عليه يكون وكيلاً لغيره فلا على ما به العمل بتونس كما قاله ابن عرفة وزبدته: المحجور عليه يوكل على طلب حقوقه ولا يتوكل أي فيما هو محجور عليه فيه وهو المال، وأما العصمة فهو فيها رشيد أو كالرشيد فلا دخل لها هنا في الحقيقة، ويظهر من كلام الناس أنه لا منافاة بين ابن الحاج واللخمي، فحمل كلام الأول على أنه إذا دفع للمحجور الموكل فإنه يبرأ الغريم بذلك، وكلام الثاني على أن توكيل الرشيد للمحجور لا يجوز ابتداء وربما يقول يبرأ الغريم بالدفع إليه بعد الوقوع وإن كان كلامه يقتضي أن تؤمل عدم البراءة، وكذا يفهم ذلك من كلامهم في المسألة وما قاله ابن الحاج به الفتوى كما في المعيار ولكن قيد بكون الموكل بالكسر يعرف أن الوكيل محجور عليه ويكون موكله رشيدًا وقد لفقت في هذا ما نصّه:

وناقص توكيله قد حظرا	في نحو بيع وشراء وكرا
وجائز توكيله فيما طلب	من حقه في راجع نلت الأرب
توكل منه لغير منعا .	وقبل بالجواز فافهم واسمعا
من عارف بحجره وهو رشيد	وعمل بالكل فافهم يا سعيد
وكل ما يرجع للأبدان	فناقص وكامل سيان

أي فيه ومراده بالناقص هو المحجور، ولا بدّ من الوقوف على الشرح ففيه زيادات كثيرة وفي

حقوقه لا يجوز على ظاهر المذهب ، ويصحّ على ما قاله في اللّباب، ونقله في معين الحكّام عن أبي بكر بن عبد الرّحمن، وتقدّم أنّ غيره خالفه فيه، وأمّا توكيله على البيع والشّراء في ماله فلا يجوز ولم أر فيه خلافًا بعد البحث إلاّ ما يؤخذ من مسألة العتق الّتي في المدوّنة والعتبيّة المتقدّم ذكرها، وأمّا توكيل المرأة المحجور عليها في لوازم عصمتها فيجوز كما صرّح به في التّوضيح بل ليس لوليّها القيام بذلك إلاّ بتوكيلٍ منها كما تقدّم، وأمّا كون المحجور عليها وكيلاً فيجوز على ما صرّح به في العتبيّة وصرّح به ابن رشد من أنّه يجوز بلا خلاف وصرّح به ابن راشد في اللّباب، وأفتى به ابن الحاجّ، ويؤخذ من مسألة العتق الثّاني من المدوّنة ومن مسألة كتاب المديان منها، ولا يجوز على ما قاله اللّخميّ. وقال ابن عرفة: عليه عمل أهل بلدنا، ومشى عليه صاحب الجواهر وتابعوه كالقرافيّ وابن الحاجب وقبله ابن عبد السّلام والمؤلّف في توضيحه وغيرهم، فتحصّل في ذلك طريقان: قال: وإنّما أطلت الكلام في هذا؛ لأنّ المصنّف لم يتكلّم عليه في الوكالة، ويؤخذ من كلامه هنا المنع من توكيله وتوكّله وهي إحدى الطّريقين كما عملت ولكن يقيّد ذلك فيما عدا توكيل المحجور عليها في لوازم العصمة واللّه تعالى أعلم اهـ. «ولمن تصرّفا» يحتمل أن يتعلّق بـ «توكيلٌ» أو بـ «يجوز» و «لمن بذاك اتّصفا» يتعلّق بـ «توكيلٌ» و «بذاك» بـ «اتّصفا» والإشارة للتّصرّف في المال.

ومنعوا التّوكيل للذّمّيّ وليس إن وكّل بالمرضيّ

يعني أنّ الفقهاء منعوا أن يوكّل المسلم ذمّيًا؛ لكونه لا يتّقي الحرام في معاملاته، وكذلك لم يرتضوا أن يكون المسلم وكيلاً لذمّيٍّ لما في ذلك من إهانته والاعتذار عليه. قال الشّارح: وكأنّ الحكم بعدم الجواز في الصّورة الأولى أشدّ ولذلك عبّر عنه الشّيخ بلفظ المنع، وفي الصّورة الثّانية بنفي الرّضا اهـ. قال في المدوّنة: قال مالكٌ: لا يجوز للمسلم أن يستأجر نصرانيًا إلاّ لخدمةٍ فأمّا لبيعٍ أو شراءٍ أو تقاضٍ أو ليبضع معه فلا يجوز لعملهم

هذا كفاية لخصنا في توكل الذميّ وتوكيله ما محصله المسلم لا يوكل الذميّ في البيع والشراء والتقاضي، وكذا لا يعطيه المال قراضًا لأنه توكيل، ولذلك صاحب المختصر لم يذكر منعه في كتاب القراض، والبضاعة مثل القراض والشراء في المنع، وقد قال صاحب المختصر في كتاب الوكالة: ومنع ذميّ في بيع أو شراء أو تقاض، وقال في القراض: القراض توكيل على تجر إلخ. وأما توكيل الذميّ للمسلم على الخصام ولو لمسلم أو إعطائه قراضًا فذكروا في ذلك الكراهة وغيرها لكن الظاهر هو الكراهة وهو صريح كلام ابن رشد في القراض، وقد رأينا المسلم يتوكل للذميّ في الخصام مع مسلم أو ذميّ كثيرًا عند أشياخنا الذين كانوا قضاة ولا نكير عندهم ذلك مع كونه في ذلك شائعًا ذائعًا غاية، انظر الشرح عند قول المختصر: وإنما تصحّ من أهل التوكيل والتوكل، والشركة مع الذميّ إنما تجوز في شركة العنان وفي كلام الحطاب شيء.

بالرّبا واستحلالهم له . قال مالكٌ: وكذا عبده النّصرانيّ لا يجوز أن يأمره ببيع شيءٍ ولا شرائه ولا اقتضائه، ولا يمنع المسلم عبده النّصرانيّ أن يأتي الكنيسة ولا من شرب الخمر وأكل الخنزير . قال ابن القاسم: ولا يشارك المسلم ذمّيًا إلاّ أن لا يغيب على بيعٍ أو شراءٍ إلاّ بحضرة المسلم . قال: ولا بأس أن يساقيه إذا كان الذّمّيّ لا يعصر حصّته خمراً . قال: ولا أحبّ لمسلمٍ أن يدفع لذمّيٍّ قراضًا لعمله بالرّبا ولا يأخذ منه قراضًا لئلا يذلّ نفسه . يريد: وإن وقع لم يفسخ ا هـ. وهذا النّصّ كلّه في الفرع الأوّل أعني توكيل المسلم الذّمّيّ إلاّ قوله آخراً، ولا يأخذ منه قراضًا لئلا يذلّ نفسه فإنّه شاهدٌ للفرع الثّاني وهو كون المسلم وكيلاً للذّمّيّ، والمراد بالذّمّيّ والله أعلم الكافر من حيث هو ذمّيًا كان أو حربيًا. وفي طرر ابن عات قال الشّعبانيّ: الوكالات أماناتٌ وينبغي لأولي الأمانات أن لا يوكّلوا أولي الخيانات. قال مالك بن دينارٍ: كفى بالمرء خيانةً أن يكون أمينًا للخونة.

(ومن على قبضٍ) صبيًّا قدّما فقبضه براءةٌ للغرما

تقدّم أنّ من شرط الوكيل أن يكون رشيداً لقوله: في الشّطر الثّاني من البيت الأوّل لمن بذاك اتّصفا وذكر هنا أنّ من قدّم أي: وكّل صبيًّا على قبض دينٍ فقبضه فإنّ الغريم يبرأ بالدّفع له. قال في نوازل ابن الحاجّ: من وكّل على قبض دينٍ له صبيًّا قبل البلوغ فقبضه براءةٌ للغرماء؛ لأنّ صاحب الحقّ قد رضي به وأنزله منزلته . وظاهر كلام اللّخميّ كالمخالف لهذه الفتوى من كونه علّل المنع من توكيل من ليس له بجائز الأمر بأنّه تضييعٌ للمال، فعلى ذلك كان النّظر هنا أن تمنع هذه الوكالة فتأمّله. وفي طرر ابن عات ولا يوكّل مسلمٌ لكافرٍ، ولا كبيرٌ لطفلٍ، ولا طفلٌ لكبيرٍ من الاستغناء فمن موصولةٌ مبتدأٌ صلته قدّما، وصبيًّا مفعوله وعلى قبضٍ يتعلّق بقدم، وجملة فقبضه براءةٌ خبر من، وللغرماء يتعلّق ببراءةٍ انتهى.

وجاز للمطلوب أن يوكّلا ومنع سحنونٍ له قد نقلا

يعني أنّه يجوز للمطلوب أن يوكّل من يخاصم عنه ويدفع حجّة طالبه، كما يجوز للمطلوب عند سائر الفقهاء إلاّ سحنونًا؛ فإنّه أباح ذلك للطّالب وفاقًا لغيره من أهل المذهب، ومنع ذلك للمطلوب. (قال المتيطيّ: فإذا أراد الرّجل التّوكيل) جاز ذلك له طالبًا

وقول الناظم: **(ومن على قبض إلخ)** تقدم الكلام عليه قديمًا.

قوله: **(قال المتيطي: فإذا أراد الرجل التوكيل إلخ)** هذا كلام صحيح هكذا نقله المتيطي. وقال في محل آخر في هذا ما نصّه: وإذا سأل الخصمان أو أحدهما القاضي في أول مجلس تقدما إليه أن يوكل كل منهما من ينوب عنه في الدعوى والإقرار والإنكار فحكى ابن حارث في ذلك اختلافًا فقال ابن الهندي: الأصل قول من رأى ذلك لهما، وقال ابن سهل: الصحيح قول من أبى

كان أو مطلوبًا هذا هو القول المشهور الّذي جرى عليه العمل. وكان سحنونٌ لا يقبل من المطلوب وكيلاً إلاّ من امرأة لا يخرج مثلها أو مريضٍ أو مريد سفرٍ أو من تبيّن عذره، أو من كان في شغل الأمير، أو على خطّةٍ لا يستطيع مفارقتها كالحجابة وغيرها، وكان يقبل التّوكيل من كلّ طالبٍ.

وحيثما التّوكيل بالإطلاق فذلك التّفويض باتّفاق

يعني أنّ الوكالة على وجهين تكون مفوّضةً أي: عامّةً في كلّ شيء فلا تخصّ بشيء من الأشياء، وتكون مقيّدةً كوكّلتك على كذا فتختصّ بذلك فإذا ورد لفظ التّوكيل مطلقًا غير مقيّد بشيء فيحمل على الوكالة المفوّضة العامّة في جميع الأشياء، وعلى ذلك نبّه بالبيت، وفهم منه أنّ لفظ التّوكيل إذا كان مقيّدًا بشيء فإنّه يتقيّد به ولا يتعدّاه لغيره ابن عرفة: شرط صحّتها علم متعلّقها خاصًّا أو عامًّا بلفظٍ أو قرينةٍ أو عرفٍ خاصٍّ أو عامٍّ، فلو

ذلك حتى ينعقد ما يكون منهما من الدعوى والإقرار والإنكار بالشهادة ثم يوكل من شاء منهما. قال ابن الهندي: الذي جرى به العمل أن يقرّ الخصم أو ينكر في مجلس القاضي إذا كان ما وقف عليه قريب المعنى يفهم في الوقت ثم يوكل إن شاء فإن أبى أن يتكلم أدب حتى يتكلم. وقال ابن العطار: إن كان الوكيل بالحضرة جاز أن يوكله فيجيب عنه فإن لم يوكل أدب ثم يقال له قل الآن ما كنت تأمر وكيلك أن يقول عنك فإن أبى علم أنه ملد اهـ. بلفظه. وقال ابن عرفة بعد اختصاره كلام المتيطي عن ابن سهل ما نصّه: الذي عليه العمل قديمًا وحديثًا قبول الوكلاء إلاّ من ظهر منه تشغيب ولدد فواجب منعه من التوكيل هذا لفظه. وقال ابن فرحون في تبصرته ما نصّه: قال ابن الهندي وقول من قال إن له أن يوكل قبل أن يجيب أصحّ لأنه قد أجيز للحاضر أن يوكل اهـ. بلفظه. وقال أيضًا وأحسن بعد أن ذكر كلامًا وذكر كلام سحنون المتقدم ما نصّه: وفي هذا أي قول سحنون لا يقبل من المطلوب توكيلاً سد لكثير من ذرائع[٤٨] الفساد، والمشهور المعمول به أن الوكالة تقبل من الطالب والمطلوب لكن إذا رأى القاضي توكيل المدعى عليه لددًا وليًّا عن الانقياد إلى الشرع فينبغي له العمل بقول سحنون فقد كان من الأئمة المقتدى بهم ومن قضاة العدل رحمه الله تعالى اهـ. بلفظه. وفي الوثائق المجموعة: أن العمل جرى بما قاله ابن الهندي أيضًا فقد اتفقا في جري العمل بهذا أي بعدم توكيل المطلوب قبل الجواب إذا حضر بين يدي القاضي مع خصمه، ونقل عنه ح فيما يظهر من كلامه، والظاهر أن مرادهم بهذا إذا لم يوكلا في أول الأمر حتى حضرا عند القاضي، أما لو وكلا أولاً فلا كلام في ذلك، والظاهر أيضًا أن مرداهم ما لم يجلسا ثلاثة مجالس عند الحاكم اهـ. ولم أقف على هذا في تبصرة ابن فرحون فقد اطلعنا على كلام هؤلاء الجهابذة النقاد ومن عليهم في هذا التوكل والاعتماد، ولكن كلام ابن فرحون أعني قوله: إذا رأى القاضي إلخ هو الحق إن شاء الله تعالى، غير أن قوله: فينبغي يتعين أن يقول فيه فيجب فافهم هذه الفائدة فإن القاضي محتاج إليها غاية.

(٤٨) ذرائع: جمع ذريعة وهي الوسيلة والسبب إلى الشيء.

أتى لفظ التّوكيل مطلقًا كأنت وكيلي أو وكّلتك فطريقان: (فقال ابن بشير) وابن شاس: لغوٌ ، وهو قول ابن الحاجب: لم يفد. وقال ابن رشد: إنّما تكون الوكالة مفوّضةً في كلّ شيءٍ إذا لم يسمّ فيها شيءٌ، ولهذا قالوا في الوكالة إذا طالت قصرت وإذا قصرت طالت، وكذلك الوصيّة إذا قال الرّجل فلانٌ وصيّي ولم يزد على ذلك كان وصيًا له في كلّ شيءٍ في ماله وبضع بناته وإنكاح بنيه الصّغار، وهذا قوله في المدوّنة.

وليس يمضي غير ما فيه نظر إلاّ بنصٍّ في العموم معتبر

يعني أنّ فعل الوكيل ماضٍ لا يردّ إلاّ ما كان منه غير نظرٍ وغير سداد فيردّ، ولا يمضي إلاّ أن ينصّ له الموكّل على العموم والاستغراق، وأنّ فعله ماضٍ نظراً كان أو غير نظرٍ فيمضي ولو كان غير نظرٍ إلاّ في أربعة أشياء: طلاق زوجته، وإنكاح أبكار بناته، وبيع دار سكناه، وعتق عبده، فلا يمضي في هذه الأشياء ولو فوّض له في النّظر وغيره. قال في التّوضيح: وشرط المصنّف أن يكون تصرّفه نظرًا؛ لأنّه معزولٌ عن غيره بالعادة إلاّ أن يصرّح له بذلك فيقول نظراً وغير نظرٍ وفيه نظرٌ إذ لا يأذن الشّرع في السّفه، فينبغي أن يضمن الوكيل إذ لا يحلّ لهما ذلك والله أعلم . ابن راشد: وذكر غير المصنّف وابن شاسٍ وابن رشد أنّه يستثنى من ذلك بيع دار السّكنى، وبيع العبد، وزواج البكر، وطلاق الزّوجة. إذ العرف قاضٍ بأنّ ذلك لا يندرج تحت عموم التّفويض، وإنّما يفعله الوكيل إذا وقع النّصّ عليه اهـ الحطّاب: فقوله إلاّ الطّلاق وإنكاح بكره. . إلخ مستثنى من قوله وغير نظرٍ وإذا استثنيت هذه مع وجود هذا القيد فأحرى أن تستثنى في عدمه. ثمّ قال الحطّاب: وفهم ابن فرحون كلام ابن الحاجب على خلاف ما فهمه المصنّف، وابن عرفة، فقال: هذا مثالٌ لوكالة التّفويض ولفظ ما يقتضي العموم ومعناه، فلو قال له وكّلتك بما تعاطيه من بيعٍ وشراء وطلاق وعتق وقليل الأشياء، وكثيرها جاز فعل الوكيل في ذلك كلّه بشرط أن يكون على وجه النّظر، وعكسه هو معزولٌ عنه بالعادة إلاّ أن يقول له افعل ما رأيت كان نظراً

قوله: **(فقال ابن بشير إلخ)** الذي في ابن بشير وابن بشاس وابن الحاجب هو الذي مرّ عليه في المختصر حيث قال: لا بمجرد وكلتك، وقبله ابن عبد السلام وابن هارون كما في ابن عرفة وابن سلمون مرّ عليه أيضًا، وما في التحفة هو قول ابن رشد وتبعه عليه المتيطي ولم يذكرا له مقابلاً، ولم ينقل ابن عرفة كلام المتيطي بل أغفله، وابن عبد السلام قال اتفق مالك والشافعي على عدم إفادة الوكالة المطلقة واختلف في الوصية المطلقة. والفشتالي ذكر قول ابن رشد وأعقبه بقول ابن بشير، وقد فرقوا بين الوصية المطلقة لا تبطل وبين الوكالة المطلقة تبطل على ما قاله ابن بشير ومن وافقه بفروق ذكرناها في الشرح، وكلام ابن رشد هو ظاهر فيما نسب إليه من صحة الوكالة المطلقة لا صريح، وفي كلام ابن عرفة ما يشعر بذلك، قف على كلام ابن عرفة بلفظه في الشرح: وعندي أن فيما نسب لابن رشد هنا نظر ولا سيما وقد خالفه من رأيت، والمتيطي يتبع

عند أهل البصر والمعرفة أو غير نظرٍ، وليس مراده افعل ما شئت وإن كان سفهًا كما فهمه صاحب التّوضيح (ثمّ قال ح): ويمكن أن يقال معنى قولهم: ويمضي النّظر أي: ما فيه مصلحةٌ تعود بتنمية المال لا التّبرّعات كالعتق والهبة والصّدقة إلاّ أن يقول: وكّلتك وكالةً مفوّضةً وأذنت لك أن تفعل جميع ما تراه. وإن كان غير نظر أي ليس فيه مصلحةٌ تعود بتنمية المال، وإن كان فيه مصلحةٌ في نفس الأمر فتمضي التّبرّعات، ولا يقال في هذه الأشياء: إنّها سفهٌ أو فسادٌ إلاّ ما تفاحش من ذلك وخرج عن الحدّ ولم يكن فاعله من أهل اليقين والتّوكّل، فتأمّله والله أعلم.

وذا له تقديم من يراه ... بمثله أو بعض ما اقتضاه

ومن على مخصّصٍ وكّل لم ... يقدّم إلاّ إن به الجعل حكم

الإشارة إلى الوكيل المفوّض له يعني أنّ الوكيل المفوّض إليه له أن يوكّل على مثل ما

ابن رشد كثيرًا، انظر النصوص في الشرح في المسألة والوصية المطلقة هي قول المختصر في الوصايا ووصي فقط يعمّ مثل وكلتك أنت وكيلي كما في ابن عرفة غيزه. قوله **(ثم قال ح إلخ)** حاصل هذا أن هذه الأمور المستثناة لا تمضي مطلقًا قال نظر أو غير نظر أم لا إلاّ إذا نص للوكيل على عينها، وهي في كلام المختصر مستثناة من مقدر دلّ عليه كلام المتن، والتقدير إلاّ أن يقول وغير نظر فيمضي فعله في كل شيء إلاّ الطلاق إلخ. وقولنا: فيمضي إلخ هذا مدلول الكلام ولذلك سبق قوله: إلاّ أن يقول إلخ. وإذا كانت لا تمضي في هذا فأحرى في غيره وهو إذا لم يقل وغير نظر هذا هو تحقيق المسألة، ومضى غير النظم تكلم عليه ح، وحاصل ما حرره أنه إن أريد بغير النظر الإذن للوكيل في أن يفعل ما هو سفه عنده فهذا لا ينبغي التوقف في عدم جوازه، وإن أريد به الإذن للوكيل فيما هو صواب عنده، وإن كان عند الناس سفهًا والوكيل رشيد فالجواز، وإن كان سفيهًا فالمنع. وأما الضمان فمنتف مطلقًا عن الوكيل لأن رب المال أذن في ذلك له، وهذا هو الذي أرداه ابن بشير وابن شاس وابن الحاجب، بل هو المتبادر من قولهم مضى وإن كان لا يجوز ذلك ابتداء. قال: ويحتمل أن يحمل كلامهم على وجه آخر وهو أن الوكيل المفوض له لا يتبرع وإلاّ ضمن إن فات ما تبرع به إلاّ إذا كان تبرعه يعود بتنمية المال كما تقدم في الشريك المفاوض كأن يضع الشيء اليسير للاستيلاف، وإذا ثبت هذا فقولهم يمضي النظر احترزوا به من التبرع الذي لا يعود بنفع على المال فإنه لا يمضي إلاّ أن يقول وغير نظر فيمضي وإن كان لا نفع فيه للمال، وهذا التبرع غير سفه لأنه أراد أن يتبرع بماله إلاّ إذا خرج عن الحد وتفاحش وصاحبه لا توكيل قوي عنده فيكون سفيهًا، وعلى هذا فيكون هذا أمرًا جائزًا ابتداء وماضيًا ولا إشكال، هذا زبدة كلام الحطاب ولا بأس به في الجملة، وما ذكره عن الوكيل المفوض له هو في المدونة والكافي، وربما يفهم من المتن، فإنه قال فيما تقدم وحجر على الرقيق إلاّ بإذن فكوكيل مفوض، وله أن يضع ويؤخر ويضيف إن استألف فافهم، ولكن لا تفهم هذه الأمور على حقيقتها إلاّ إذا

وكّل عليه أو على بعضه، وعلى ذلك نبّه بالبيت الأوّل، وأمّا الوكيل المخصوص فليس له أن يوكّل إلاّ إن جعل له ذلك، وعلى ذلك نبّه بالبيت الثّاني. قال المتيطيّ: وذكرنا في هذا النّصّ أنّه: إن أذن له أن يوكّل عنه من شاء إلخ هو أحسن من إسقاط ذكره لاختلاف الشّيوخ المتقدّمين في ذلك، فمنهم من كان يقول: إذا وكّله توكيلاً مفوّضًا فله أن يوكّل غيره وإن لم ينصّ عليه الموكّل، ومنهم يقول: إذا وكله توكيلاً مفوضًا فله أن يوكل غيره وإن لم ينص عليه الموكل ومنهم من كان يقول: ليس للوكيل ذلك إلاّ أن ينصّ في توكيله على ذلك . قال بعض الشّيوخ: ولا أحفظ في ذلك قولاً منصوصًا لأحد من العلماء المتقدّمين . (والأظهر أنّ له أن يوكّل)؛ لأنّ الموكّل قد أنزله منزلته وجعله عوضه فله أن يفعل ما كان لموكّله أن يفعله ا هـ. وفي ابن سلمون: وللمفوّض إليه أن يقدّم عن موكّله غيره بمثل ذلك أو بما يقتضيه رأيه من معاني التّفويض المذكورة، وقيل: ليس له أن يفعل ذلك حتّى ينصّ له عليه . قال ابن رشد: ولا أعلم للمتقدّمين في ذلك نصًّا، واختلف أصحابنا المتأخّرون في ذلك . والأظهر أنّ له أن يوكّل وإن لم يجعل له الموكّل ذلك. فمن أراد الخروج من الخلاف فليكتب في العقد ما نصّه: وجعل له أن يفوّض عنه إلى من شاء بمثل ذلك . أو بما شاء من الفصول المندرجة تحت عمومه، والعزل والتّبديل ما أحبّ. وأمّا الوكيل المخصوص فليس له أن يوكّل باتّفاق إلاّ أن يجعل له ذلك الموكّل ا هـ.

(تنبيهٌ: استثنى) ابن الحاجب من الوكيل المخصوص مسألتين: الأولى: أن يكون الوكيل

وقفت على الشرح، وربما يظهر لك في كلام الحطاب نظر من كلام الناس وإن وقفت عليه، ونقل ذلك يطول بنا غاية فقف على تحقيق ما أشرنا إليه والله المعين، والمراد بالعبد هنا القائم بأمور سيده كما في ابن فرحون وغيره.

قوله: **(والأظهر أن له أن يوكل إلخ)** كلام ابن رشد هذا نقله المتيطي وغيره عن ابن رشد، ومن نسب للمتيطي أنه اختاره لم يصب في ذلك، وإنما نقله عن ابن رشد معبرًا عنه ببعض الشيوخ على عادته في التعبير عن ابن رشد وخليل، قال في التوكيل على المعروف ولم أر هذه العبارة عند غيره، والحطاب قال على ما رجحه ابن رشد وغيره ولم يبين هذا الغير. وفي البرزلي أنه نص على جواز هذا التونسي في السلم الثاني ولم ينقلوه وهو جدير بالنقل فافهم. وقال ابن ناجي في كتاب المديان من المدونة ما نصّه: جرى العمل عندنا أن الوكيل المفوض إليه لا يوكل ولا يحل عصمة للموكل ولا يبيع له ربعًا لأجل العرف وإلاّ فالأصل دخولها إلخ. وهذه فائدة لم ينقلها شراح التحفة ولا المختصر. وقوله ربعًا ظاهره ولم يكن دار سكناه إلخ.

قوله: **(تنبيه: استثنى إلخ)** هذا هو قول المختصر عاطفًا على الممنوعات ما نصّه: وتوكيله إلاّ أن لا يليق به أو يكثر إلخ. وربما يفهم من المختصر أن المفوض إليه يوكل من قوله فيمضي النظر إلخ، ولا شك أنه إذا وكّل أمينًا فربما يكون ذلك نظرًا، ومن قوله: ولا الإقرار إن لم يفوض أو يجعل له.

لا يليق به تولّي الموكّل فيه كمن وكّل رجلاً شريفًا معروفًا بالجلالة على بيع ثوب أو دابّة؛ لأنّ الوكيل لمّا كان لا يتصرّف في هذا لنفسه كان ذلك قرينةً في إجازة توكيله غيره، فكأن ذلك كالتّصريح بإجازة التّوكيل. والثّانية أن يوكّله على أمورٍ كثيرة لا يمكن الوكيل أن يستقلّ بها؛ لأنّه بالعادة قد أذن له في التّوكيل انظر التّوضيح. ومخصّصٍ في البيت الثّاني بفتح الصّاد اسم مفعول نعتٌ لمحذوف أي ووكّل على شيءٍ مخصوصٍ، والمخصّص له الموكّل؛ والجعل بفتح الجيم فاعلٌ بفعلٍ يفسّره حكم، فهو إمّا بمعنى اسم الفاعل أي: الجاعل وإمّا على حذف مضاف أي ذو الجعل، والمراد به الموكّل على كلّ تقديرٍ والله أعلم، ومعنى لم يقدّم أي لم يوكّل، ومعنى حكم به أي: جعل له أن يوكّل له، وضمير به للتّقديم المفهوم من قوله لم يقدّم.

وما من التّوكيل لاثنين فما زاد من الممنوع عند العلما

يعني أنّ العلماء أي الفقهاء منعوا من توكيل وكيلين اثنين أو أكثر؛ لأنّ في ذلك ضررًا على الموكّل عليه. قال المتيطيّ: ولا يجوز لرجلٍ ولا امرأة أن يوكّل في الخصام أكثر من وكيلٍ واحد، ولا يجوز توكيل وكيلين ا هـ. وهذا في التّوكيل على الخصومة، (وأمّا على بيعٍ) أو شراءٍ أو نكاحٍ ونحوها فيجوز توكيل أكثر من واحد. وما مبتدأٌ موصولٌ، ومن التّوكيل يتعلّق بفعلٍ محذوف أي ما يقع صلة ما، ولاثنين يتعلّق بتوكيلٍ، وما عطفٌ على اثنين، وزاد صلة ما الثّانية، ومن الممنوع خبر ما الأولى وعند يتعلّق بالممنوع.

والنّقص للإقرار والإنكار من توكيل الاختصام بالرّدّ قمن

وحيث الإقرار أتى بمعزل عن الخصام فهو غير معمل

يعني أنّ التّوكيل على الخصومة إذا لم يكن فيه الإقرار والإنكار أي لم يجعل الموكّل للوكيل أن يقرّ عنه أو ينكر، وعن عدم فعل ذلك عبّر بالنّقص، فردّ الموكّل عليه التّوكيل؛ لمّا انتقص منه من الإقرار والإنكار. قال: لا أخاصمك حتّى يجعل لك الإقرار والإنكار، فإنّ ذلك التّوكيل المنقوص منه ذلك حقيقٌ بأن يردّ؛ لما لخصمه في ذلك من الحقّ. وقمن بفتح القاف وكسر الميم أي حقيقٌ وهو خبر النّقص وللإقرار، ومن توكيل يتعلّقان بالنّقص، وكان المراد أنّ التّوكيل على الخصام المنقوص منه الإقرار والإنكار إذا ردّه الخصم فهو حقيقٌ بأن يردّ، وأشار بذلك إلى قول المتيطيّ: وقولنا في النّقص وعلى الإقرار عليه والإنكار عنه هو ممّا لا بدّ منه ولا يتمّ التّوكيل على المخاصمة إلاّ به فإن لم يذكر فيه الإقرار والإنكار كان

قوله: **(وأما على بيع إلخ)** انظر عند قول المختصر ولأحد الوكيلين الاستبداد قولهم هنا: ولا يجوز توكيل وكيلين إلخ في الخصام أي كان الموكل واحدًا أو متعددًا وكذا الموكل عليه، انظر الشرح.

لخصـمه أن يضطرّه إلى التّوكيـل على هذين الفصلين هذا، هو القول المشـهور المعلوم، وبه جرى العمل عند القضاة والحـكّام ا هـ. وهذا هو قول ابن العطّار وبه جرى العمل، فلذلك اعتمده النّاظم، (وفي نوازل أصبغ خلافه) ثمّ قـال ابن رشد: وقد نزلت فقضى فيها بأن لا يقبل إلاّ أن يحضر مع وكيله ليقرّ بما يوقف عـليه خصمه أو يكون في وقت الحكم قريبًا من مجلس القـاضي ا هـ. (ابن عرفـة) وفي نوازل أصبغ: وهي على الخـصام فـقط لا تشمل صلحًا ولا إقرارًا ولا يصحّ من الوكيل أحدهما إلاّ أن ينصّ موكّله عليه. وفي التّوضيح ولا خلاف أنّه لا يكون للوكيل الإقرار إن نهاه مـوكّله عنه، وأمّا إن أطلق الوكالة فالمعروف من المذهب أنّ الوكالة على الخصـام لا تستلزم الوكالة على الإقرار إذا لم يجـعله إليه، ولو أقرّ

قوله: (وفي نوازل أصبغ إلخ) هذا ذكره ابن عرفـة وغيره وسلموه، ولكن قـال ابن الشقاق في نوازل الوكالات من المعيار لا يلزم الموكل بجعل الإقرار مخافة أن يرشى الوكيل إلخ، فجعل ما في نوازل أصبغ لازمًا لا يتعدى مع تتميمه بكلام ابن رشد، وما أشرنا إليه في التعليل حسن غاية وبالغ في النصيـحة النهاية، وقد شـاهدنا من ذلك ما يعلمه الله تعـالى، وأن الوكيل يغش الموكل بالكسر بأقل شيء يعـطاه، ويجري مثل هذا في الإنكار لأنه قـد يضرّ الموكل، كمـسألة وإن أنكر مطلوب المعاملة إلخ، ولكن إذا حضر الموكل بالـكسر عند القاضي لا يتكلم إلاّ بالإقرار أو الإنكار لئلا يكون من مخـاصمة اثنين، ولا يحيد عن هذا إلاّ من لم ينصف أو لم يجـرب، ولا سيما إن كان الوكيل غير مبرز في الدين، ولا سيمـا إن كثرت تهمته وقويت فافهم هذا، مع أن في النوازل المذكورة مـا يقوي ما أشـرنا إليه، وخليل قـال في هذا ولا الإقرار إن لم يفـوض له أو يجعل له ولخصـمه اضطراره إليـه، وإن قال أقرّ عني بألف فـإقرار، فقـوله إن لم يفوض له ومـثل الإقرار الصلح فيجوز من المفوض إليه إن كان نظر إلاّ المخصوص نص على هذا فضل وغيره قف عليه في الشرح، وهـذا يدخل في قول المتن: فـيمـضي النظر بلا شك، وأما إن نص له على الصـلح فلا إشكال في الوكـيلين، والمخـصوص مع النص عـلى الصلح أحرى مـن المفوض بلا نص، وكـذا الإقرار حرفًا بحرف، وأما قولهم هنا: مـا أقرّ به على فلان فهو لازم لي إنه لا يلزمه إلخ هذا في الكافي ولكن قـولهم: ما أقـرّ به فلان هذا ليس فـلان بوكيل أصـلاً، وهذا الفرع يفهـم من قول المختصـر في الإقرار مشبـهًا بما لا يلزم ما نصّـه: كان حلفه في غيـر الدعوى أو شهد فـلان غير العدل، وبهذه المـسألة شبه ابن عرفـة التي في الكافي مستدلاً بهـا أي بما في الإقرار، وذلك يدل على أنهما من باب واحد، فإن قصـد المصنف هذا فذلك من أغرب ما يكون من فطانته رضي الله تعالى عنه، وقد قال ابن لب في ثاني نازلة من نوازل الوكالات للمـعيار ما نصّه: موضع الخلاف هل إطلاق الوكالة على الخصومة يقتضي الإقرار عليه كما يقتضي الإنكار أو لا يقتضي إلاّ الإنكار فقط إلاّ أن يشـترط الإقرار هذا لفظه، وبه تعـرف أن المصنف إنما يقصـد الرد على المخالف، فلم يذكر جعل الإنكار من الموكل للوكيـل وإن قرنه المتيطي وغيره بالإقرار، فافهم اخـتصار هذا النقاد في اختصاره وحسن اقتصاره وإن لم يذكر شراحـه ومحشوه هذا، وقف على الشرح فيما يلزم فيه إقرار الوكيل وما لا.

لم يلزم. وروي عن مالك لزوم ما أقرّ به، وعلى الأوّل فقال ابن العطّار وجماعةٌ من الأندلسيّين وغيرهم: إنّ منَ حقّ الخصم أن لا يخاصم الوكيل حتّى يجعل له الإقرار. قال في البيان: ونزلت عندنا فقضى فيها بأنّه لا تقبل منه الوكالة إلاّ أن يحضر الموكّل مع وكيله في وقت الحكم أو يكون قريبًا من مجلس القاضي، وأمّا إن جعل له الإقرار ففي المتيطيّة يلزمه ما أقرّ به الوكيل. قال في الكافي: وبه جرى العمل عندنا. وزعم ابن خويز منداد أنّ تحصيل المذهب أنّه لا يلزمه إقراره. قال في الكافي: وهذا غير المفوّض. قال: واتّفق العلماء فيمن قال: ما أقرّ به عليّ فلانٌ فهو لازمٌ لي أن لا يلزمه. واختلف أصحاب الشّافعيّ إذا قال الموكّل لوكيله: أقرّ عنّي لفلان بألف هل يكون ذلك إقرارًا بالألف لفلان أو لا؟ واختار المازريّ أنّه إقرارٌ اهـ. وقد اشتمل البيت الأوّل على مسألة وهي أنّ نقص الإقرار والإنكار من وكالة الخصام يوجب ردّ الوكالة، وقد تقدّم ذلك في كلام المتيطيّ، وفي قول التّوضيح. وعلى الأوّل فقال ابن العطّار إلى قوله من مجلس القاضي: وفهم من قوله توكيل الاختصام أنّ الوكالة المفوّضة لا تردّ بعدم النّصّ على الإقرار والإنكار بل إن نصّ عليه فلا إشكال، وإن سكت عنه شمله التّفويض وصحّ إقرار الوكيل عن موكّله. واشتمل البيت الثّاني على مسألة أخرى وهي أنّ وكالة الخصام إذا لم يذكر فيها الإقرار ثمّ أقرّ الوكيل فإنّ إقراره لا يلزم الموكّل، وقد تقدّم هذا في كلام ابن عرفة، وفي قول صاحب التّوضيح. وأمّا إن أطلق الوكالة إلى قوله ما أقرّ به وإذا لم يصحّ الإقرار حيث لم ينصّ عليه فأحرى إن نهاه عنه كما تقدّم في أوّل كلام التّوضيح.

(ومن على خصومة معيّنة) توكيله فالطّول لن يوهّنهْ

وقول الناظم: **(ومن على خصومة معينة إلخ)** حاصل ما في التحفة وشروحها أنه إذا وكله على خصومة معينة وشرع في الخصام وطال الأمر فالوكيل باق على وكالته، وإن طال الأمر قبل الشروع في الخصام في هذه الوكالة المعينة فإن كان الموكل حاضراً سأله القاضي أهو باق على وكالته أم لا؟ وإن غاب فالوكيل على وكالته، وهذا هو الذي يدل عليه كلام المقصد المحمود، وما نقوله عن الشاطبي هنا في الطول قبل الشروع أنه مبطل إنما هو حيث لم يقع إشهاد بقبول الوكالة، تأمله تجده كذلك، وإن وكله على الخصام عنه هكذا من غير تعيين خصومة بعينها وشرع في خصومة وأتمها ثم أراد أن يشرع في غيرها مع الخصم الذي خاصمه أو غيره، فإن مضي بين التوكيل وإرادة الشروع في الثانية نحو ستة أشهر لم يكن له ذلك وإلاَّ شرع في الثانية بلا توكيل، هذا الذي دلّ عليه كلامهم، لكن في ابن شاس ما نصّه: الركن الرابع الصيغة الدالة على معنى التوكيل أو ما يقوم مقامها في الدلالة عليه ثم لا بدّ من القبول، فإن وقع على الفور فلا خفاء بصحة العقد، وإن تراخى بالزمن الطويل فقال الإمام أبو عبد الله: قد يتخرج عندي على الروايتين في قول الرجل لزوجته: اختاري، أو قوله: أمرك بيدك فقامت من المجلس ولم تختر، ثم قال: والتحقيق في هذا يرجع إلى اعتبار المقصود والعوائد هل المراد في هذه الألفاظ استدعاء الجواب

يعني أنّ من وكّل على الخصام في شيءٍ معيّنٍ ثمّ طال الزّمان قبل كمال تلك الخصومة سواءٌ ابتدأها ثـمّ حصل الطّول أو حصل قبلَ ابتـدائها فإنّ للوكيل تمام تلك الخـصومة، ولا يوهن توكيله أو يضعفـه ذلك الطّول. ففيَ مسائل ابن حبيب قـال سحنونٌ فيمن وكّل على خصومة فلم يقم الـوكيل بذلك إلاّ بعد سنين إمّا أنشب الخصومـة قبل ذلك أو لم يتعرّض لشيءٍ ثمّ قام يطلب بتلك الوكـالة القديمة فقال: يبعث القـاضي إلى الموكّل يسأل أهو على وكالتهِ أم خلعه؟ فإن كان غائبًا فالوكيل على وكالته . قال الشّارح: ويأتي بعد هذا ما يشهد لهذا . ومن موصولةٌ مبتدأٌ وجملة توكيله عـلى خصومةٍ في المبتدأ، والخبر صلة من وجملة فالطّول لن يوهّنه خبر من.

وإن يكن قـدّم للمـخـاصـمـة ... وتمّ مـا أراد مع من خـاصـمـه

ورام أن ينشئ أخـــرى فلـه ... ذاك إذا أطـلـق مـن وكّـلـه

ولم يجـز عليـه (نـصف عـام) ... من زمن التّـوكيـل للخـصـام

يعني أنّ من قـدّم أي وكّل على الخـصومـة فخاصم وتمّ خـصامـه ثمّ أراد أن ينشئ خصومةً أخـرى عن موكّله الأوّل فله ذلك بشرطين: أحدهما: أن تكون وكالـةً مطلقةً غير مقيّدة بخـصومةٍ بعينها، وعلى ذلك نبّه بقوله إذا أطلق من وكّله الثّـاني: أن لا يبعد ما بين التّوكيل والخـصومة الثّانيـة بستّة أشهرٍ فـأكثر، وعلى ذلك نبّه بقوله ولم يـجز عليه نصف

بدارًا فإن تأخـر سقط حكم الخطاب، أو المراد استـدعاء الجواب مـعجلاً أو مـؤجلاً اهـ. بلفظه. واختصره ابن الحاجب مسلمًا له، وقال في التوضـيح: الصيغة مثل وكلتك وأنت وكيلي وما يقوم مقـامهمـا من قول أو فعل كـقوله: تصـرف في هذا وكإشارة الأخـرس، ثم قال: قال ابن عـبد السلام: قد يفرق بين الوكالة والتخيير لأن الموكل له عزل وكيله، وأما الزوج فعليه ضرر في إبقاء الخيار لكونه لازمًا له، فلذلك قيد خـيارها بالقرب وسقط بطول المجلس على أحد القولين خليل، وهذا الفرق إنما يتم في الوكالـة التي ليست بعوض وإلاّ فلا فرق إلخ. وقـال ابن بشير: لا تكفي الكتابة في الوكالة للقادر على النطق على المشهور. وفي الـغائب قولان ويلزم القبول عقب القراءة على القول بالفورية إلخ. وانظر قوله: لا يكفي إلخ. وفي ابن بشير تفصيل في القبول تركته لأني رأيته للغـزالي في وجيزه، وكلام الحطاب هنا فـيه شيء، وانظر ابن الناظم وهذا الشارح اقـتصرا على كلام المقصـد المحمود، ولم يشيرا لما قـاله الإمام الرازي ومن تبعه من ذكر الخلاف لا سـيما وقد قال والتـحقيق إلخ. وما أشار إليه بتـعين المصير إليه، إذ العوائد في أمثـال هذا لا يحاد عنها أصلاً، والعـوائد في هذا الباب هي المتبـعة، انظر الشرح عند قـول المختصر بما يدل عـرفًا، وعند قوله: وتخصّص وتقيد بالعرف إلى آخر تلك المسائل. وقول الناظم: **(نصف عام)** الذي في النص نحو ستـة أشهر كمـا في ابن الناظم وغيره. وقال القـرافي في ذخيرته ما نصّـه: ولو قال وكلتك لمخاصمة خصم جاز وإن لم يعينه لأن المخاصمة لا تعلم غايتها فاعتبر جنسها خاصة اهـ. فافهم.

عام. . . إلخ قال في المقصد المحمود: وإن كانت الوكالة مبهمةً، للوكيل أن يخاصم عنه في قضيّة أخرى يحدثان القضيّة الأولى، وليس ذلك في قضيّة مفسّرة بمطالبة فلان، ولا في المبهمة إذا طال الزّمان نحو ستّة أشهر، وأمّا إذا اتّصل الخصام فيها فله التّكلّم عنه وإن طال الأمد ا هـ. وسئل الإمام أبو إسحاق الشّاطبيّ عمّن قام وكالةً عن غائب بعد نحو ثلاثين سنةً ولم يكن أشهد بقبول الوكالة وقد تعلّق الآن لولد القائم بالوكالة حقٌّ في مال الغائب فأجاب: بأنّ عدم الإشهاد بقبول الوكالة مع تركه النّظر فيما وكّل عليه الثّلاثين سنةً ونحوها ممّا يدلّ على أنّه لم يقبلها ولا التفت إلى قبولها فلا يصحّ الآن القيام بها إلاّ بتجديد وكالة أخرى من الموكّل الغائب، أو ينظر القاضي في ذلك فيقدّم للنّظر في مال الغائب من يرتضيه، ولا حجّة له من دعوى عدم العلم بالوكالة حتّى الآن إذا كان حاضراً بالبلد الّذي وكّل فيه؛ لأنّه يدّعي ما لا يشبه؛ ولأنّه يتّهم حين تعلّق لابنه حقٌّ في مال الغائب ا هـ.

فرعٌ: ممّا يدخل في الإطلاق في التّوكيل قيام الوكيل عند من شاء من القضاة بخلاف ما إذا خصّه بقاضٍ بعينه، ونصّ على ذلك الموثّقون. قال ابن فتّوح: وإذا وكّله على الخصام عند حاكم بعينه قد صرّح باسمه فليس له أن يخاصم عند غيره إذا لم يكن التّوكيل مجملاً، وإذا كان التّوكيل مجملاً ولم يذكر فيه عند حاكم كذا فله أن يناظر عنه حيث شاء ا هـ.

ومـوت من وكّـل أو وكـيل يبتّ مـا كـان من التّـوكـيل

ولـيس مـن وكّـلـه مـوكّـل بمـوت من وكّـلـه يـنعـزل

والعـزل للوكـيل والموكّل مـنـه يـحقّ بـوفـاة الأوّل

(اشتمل كلّ بيت من الأبيات الثّلاثة) على مسألة، فمسألة البيت الأوّل: هي أنّ من وكّل وكيلاً فمات الموكّل والوكيل فإنّ التّوكيل يبطل بموت الموكّل؛ لأنّ الحقّ انتقل لغيره من الورثة ولا إشكال في بطلانه بموت الوكيل؛ إذ ليست الوكالة حقًّا للوكيل فتورث عنه. ومسألة البيت الثّاني: هي أنّ من وكّل وكيلاً فوكّل الوكيل وكيلاً آخر من تحته لكون الموكّل جعل له ذلك، أو كان وكيلاً مفوّضًا فمات الوكيل الأوّل فإنّ الوكيل الثّاني لا ينعزل بموت

قوله: (اشتمل كل بيت من الأبيات الثلاثة إلخ) كلام المختصر في هذا هو قوله عاطفًا على ما يمنع ما نصّه: وتوكيله إلاّ أن لا يليق به أو يكثر فلا ينعزل الثاني بعزل الأول، وقال أيضًا: وانعزل بموت موكله وإن علم وإلاّ فتأويلان وفي عزله بعزل ولم يعلم خلاف، فقوله فلا ينعزل إلخ وإذا كان هذا في التوكيل بالعرف فأحرى إذا كان صراحة، وكان من حق شراح التحفة أن ينبهوا على هذا مع أنهم إنما نصّوا على من وكل بتصريح من الموكل. وقوله وانعزل إلخ هذا فيه خلاف قوي، ولكن الراجح هو الاعتماد على علم الوكيل إن علم بعزله أو موت موكله عزل وإلاّ فلا في الموت والعزل، فالراجح عذر الوكيل هنا بالجهل، ولا فرق في هذا بين مفوض إليه من

الوكيل الأوّل، لأنّ الثّاني وكيلٌ عن الموكّل أيضًا كالأوّل لا عن الثّاني، فـ «من» قوله وليس من وكّله واقعةٌ على الوكيل الثّاني ومن الثّانية واقعةٌ على الوكيل الأوّل. ومسألة البيت الثّالث هي أنّ من وكّل وكيلاً فوكّل الوكيل وكيلاً آخر من تحته ثمّ مات الموكّل فإنّ الوكيلين معًا ينعزلان، فهي كالثّانية إلاّ أنّ الميّت في الثّانية هو الوكيل الأوّل والميّت في الثّالثة هو الموكّل والله أعلم. قال ابن يونس: قال ابن القاسم: من أمر رجلاً يشتري له سلعةً ولم يدفع له ثمنها أو دفعه إليه واشتراها الوكيل بعد موت الآمر ولم يعلم بموته أو اشتراها ثمّ مات الآمر فذلك لازمٌ للورثة، إلاّ أن يشتريها وهو يعلم بموت الآمر فلا يلزم الورثة ذلك وعليه غرم الثّمن؛ لأنّ وكالته قد انفسخت . وقاله مالكٌ فيمن له وكيلٌ ببلد يجهّز إليه المتاع: إنّ ما باع أو اشترى بعد موت الآمر ولم يعلم بموته فهو لازمٌ للورثة، وما باع أو اشترى بعد علمه بموته لم يلزمهم؛ لأنّ وكالته قد انفسخت . ثمّ قال: إلاّ أن يموت عندما أشرف الوكيل على تمام الخصومة، وبحيث لو أراد الميّت فسخ وكالته ويخاصم هو أو يوكّل غيره لم يكن له ذلك فحينئذ لا تنفسخ وكالته بموت الآمر، قال: وما كان من يمين يحلفها الآمر حلفها الورثة إن كان فيهم من بلغه علم ذلك ا هـ. وهذا فقه موت الموكّل وهو أحد طرفي المسألة الأولى. وقال المازريّ ما معناه: إذا وكّل الوكيل في الموضع الّذي يصحّ له التّوكيل ثمّ مات الوكيل الأوّل، فالأظهر أنّ الوكيل الثّاني لا ينعزل بموت الأوّل بخلاف انعزال الوكيل الأوّل بموت من وكّله؛ لأنّ الوكيل الأوّل إذا وكّل رجلاً بإذن ربّ المال فكأنّ ربّ المال وكّله وناب عنه هو في هذا، فيكون تصرّف هذا الوكيل الثّاني فيما يكون فيه تصرّف الوكيل الأوّل لازمًا لربّ المال كتصرّف ربّ المال نفسه ا هـ وهذا فقه موت الوكيل الأوّل من العتبيّة. قال يحيى عن ابن وهب: وإذا مات الوكيل فليس ولده بمثابته. ا هـ وهذا فقه موت الوكيل. وإنّ الوكالة تنفسخ أيضًا وهو الطّرف الثّاني للمسألة الأولى. ولم ينقل الشّارح على فسخ وكالة الوكيل الأوّل والثّاني بموت الموكّل فقهًا صريحًا، ولكنّه ظاهرٌ ممّا تقدّم من فسخها بموت الموكّل إذ ظاهره كان الوكيل واحدًا أو متعدّدًا بسبب توكيل الوكيل وكيلاً آخر من تحته.

ومـا لمـن حـضـر فـي الجـدال	ثلاث مـرّاتٍ مـن انعـزال
إلاّ لعـذر مـرضٍ أو لسـفـر	ومـثله مـوكّلٌ ذاك حـضـر

(اشتمل البيتان) على مسألتين: إحداهما: الوكيل إذا جالس خصمه عند القاضي ثلاثًا

غيره، هذا الذي خلصناه في الشرح وقف على حسن صنيع المختصر في اختصاره لهذا، وانظر في الشرح إذا عزل الوكيل وقد أقرّ عليه عند قول المتن: ولا الإقرار إن لم يفوض له إلخ. وكذا عند قول المختصر: وفي عزله بعزله إلخ: وقول الناظم هنا فيه إطلاق إذ ظاهر قوله: وليس من وكله إلخ حتى في الوكيل المتعدي بالتوكيل وليس كذلك.

فأكثر فليس لموكّله عزله ولا له هو أن يعزل نفسه، وينحلّ من التّوكيل لما يلحق خصمه في ذلك من الضّرر إلاّ لعذر يحدث للوكيل من مرضٍ أو سفرٍ فينعزل إذ ذاك. وعلى هذا نبّه بالبيت الأوّل وشطر الثّاني. الثّانية: أنّ صاحب الحقّ إذا قاعد خصمه ثلاث مرّات أي فأكثر ثمّ أراد أن يوكّل فليس له ذلك أيضًا، وعلى ذلك نبّه بقوله: ومثله موكّلٌ ذاك حضر وسمّاه

قوله: (اشتمل البيتان إلخ) قال خليل في هذا ما نصّه: وواحد في خصومة وإن كره خصمه إلاّ إن قاعد خصمه كثلاث إلاّ لعذر وليس له حينئذ عزله ولا له عزل نفسه، فقوله كثلاث من غير واحد كصاحب المنتخب وغيره ممّن يكثر عدّ على عدم التحديد بثلاث، فعبارة الكافي: وإذا شرع المتخاصمان في المناظرة بين يدي الحاكم لم يكن لأحدهما أن يوكل غيره لأنه عند مالك ضرب من اللدد إلاّ أن يخاف من خصمه استطالة بسبب أو نحوه، فيجوز له حينئذ أن يوكل من يناظر عنه اهـ. بلفظه. وكذا ابن شاس لم يذكر تحديدًا، وكذا ابن الحاجب وابن عات عبّر بقوله: إن انتشب الخصام بينهما فلا عزل ولا فرق بين المفوض إليه من غيره، ونقله ابن عرفة وسلمه، والمقاعدة مع الخصم فيها حق للخصم وهي إذا تعلق بها حق للخصم لا تحل وربما يفهم هذا من التوضيح وغيره، وعبارة المازري كعبارة ابن عات كما في المجالس قائلاً: فسرّه بعض الموثقين بالمقاعدة ثلاثًا والتحديد بالثلاث إنما رأيناه لابن رشد وأتباعه كالمتيطي وابن عرفة وابن سلمون مع ابن رشد، قال في المقدمات: فليس له أن يعزله إذا قاعد خصمه المرتين والثلاث إلاّ من عذر، هذا هو المشهور في المذهب ووقع لأصبغ، وفي ابن سلمون أيضًا: إذا ظهر الحكم قبل الثلاث فلا عزل.

وقال ابن عرفة بعد كلام المتيطي المقيد بالثلاث ما نصّه: ولأصبغ في الواضحة، إن قاعدة المقاعدة تثبت فيها الحجج لم يكن له عزله، ومثله في أحكام ابن زياد، ولأصبغ أيضًا ما يدل على أن عزله ما لم يشرف على تمام الحكم إلخ. وقال في التوضيح على قول ابن الحاجب: ومهما شرع في الخصومة فلا يعزل ما نصّه ظاهره أن مجرد الشروع موجب لعدم العزل، وقاله اللخمي وابن شاش وفي المقدمات إلخ ما رأيته، وصاحب المختصر قال كثلاث: وكأنه أتى بالكاف ليشير إلى أن المراد مظنة اللدد هو المانع من التوكيل من غير حصر في خصوص الثلاث، ولا شك المقاعدة الواحدة قد يطول الكلام فيها فتكون بمنزلة مقاعدتين لم يطل فيهما الكلام فالمدار على مظنة اللدد مع ظهور القرائن، وهذا هو التحقيق بدليل ما رأيته إن تأملته، وكأن من صرح بخصوص الثلاث ظهر له أن الثلاث هي مظنة اللدد، وهذا هو اللائق بقطع النزاع في الجملة فافهم، فإن القاضي يتحير في أمثال هذه الأمور والناس لهم شح مطاع في حقوقهم، ولا تستسهل أمثال هذه الأمور فإنه إن أقيم للعدل على القاضي في أقل من هذا بمراحل يغرق غرقًا لا نظير له، وقول المصنف إلا لعذر يشمل ما ذكره شروح التحفة والمختصر قال في المنتخب قال سحنون: فلو أن رجلاً خاصم رجلاً عند قاض ونظر بينهما ثم حلف أحدهما لا يخاصم صاحبه وأراد أن يوكل فليس له ذلك إلاّ أن يكون له عذر مثل أن يكون شتمه وما أشبه ذلك وهو مالك، قال ابن القاسم: وأنا أرى أنه إن مرض أو أراد سفرًا وغزوًا أو حجًا ولم يكن ذلك منه لددًا بصاحبه ولا قطعًا له في خصومته رأيت له أن يستخلف إلخ وهذا منه بلفظه وهو ظاهر غاية في كون الثلاث

موكّلاً بالكسر باعتبار المآل وهذا ما لم يرض الموكّل عليه بعزل الوكيل في الأولى وبالتّوكيل في الثّانية فله ذلك. قال المتيطيّ: وللموكّل عزل الوكيل ما لم يناشب الخصومة فإن كان الوكيل قد نازع خصمه وجالسه عند الحاكم ثلاث مرّات فأكثر لم يكن له عزله. قال: وفي المكان الّذي لا يكون للموكّل أن يعزله عن الخصام لاّ يكون له هو أن ينحلّ عنه إذا قبل الوكالة قال: وإن خاصم الرّجل عن نفسه وقاعد خصمه أيضًا ثلاث مجالس وانعقدت المقالات بينهما لم يكن له بعد ذلك أن يوكّل خصمًا يتكلّم عنه إذا منعه صاحبه من ذلك، إلاّ أن يمرض أو يريد سفرًا، ويعرّف ذلك ولا يمنع الخصمان من السّفر، ولا من أراده منهما ويكون له أن يوكّل عنه عند ذلك. قال محمّد بن أحمد القطّان: ويلزمه في السّفر اليمين أنّه ما استعمل السّفر ليوكّل غيره فإن نكل عن اليمين لم يبح له توكيل غيره إلاّ أن يشاء خصمه. وقال محمّد بن عمر بن الفخّار لا يمين عليه ا هـ. وما نافيةٌ، ومن موصولةٌ واقعةٌ على الوكيل، وجملة حضر صلة من، وانعزال مبتدأٌ جرّ بمن الزّائدة، والجارّ والمجرور وهو لمن حضر خبر انعزال، ووكل بالكسر مبتدأٌ، وذاك حضر صفته، وهو المسوّغ، ومثله خبرٌ مقدّمٌ، والإشارة لمقاعدة الخصم ثلاث مرّات.

ومن له موكّلٌ وعزله لخصمه إن شاء أن يوكّله

يعني أنّ من وكّل وكيلاً ثمّ عزله حيث يجوز له فأراد خصمه أن يوكّل ذلك الوكيل المعزول فإنّ ذلك له ولا حجّة لمن عزله أن يقول: إنّه قد اطّلع على خصومتي وعلم كنه

لا تعتبر كما في كلام الكافي المتقدم وقد رأيته، وقد أشرنا لكلام المنتخب هذا، وقال المتيطي ما نصّه: فرع فإن ظهر من الوكيل تفريط أو ميل مع خصمه أو غش ليبطل بذلك حق موكله أو مرض فللموكل عزله إذا ثبت ذلك لأنها ضرورة إلخ. وهذا العزل للغش ونحوه مطلق كان ذلك بعد المقاعدة ثلاثًا أو قبل ذلك، مع أن المحتاج إليه على قول من حدد بثلاث هو بعد ثلاث، وأما قبل ذلك فله أن يعزله مطلقًا، وقد نقلنا هذا في الشرح عن ابن فرحون وغيره، ولذلك رأيت في قول المختصر إلاّ لعذر بعيد قوله: لا إن قاعد إلخ فللّه درّ المصنف في اختصاره، ولا فرق في الغش ونحوه بين أن تكون الوكالة بأجر أم لا كما في ابن فرحون أيضًا، وكل ما تقدم من أسباب العزل دخل في قوله إلا لعذر كما أشرنا إليه أولاً، وما قيل في عدم انعزال الوكيل وعزله يقال في انعزال الموكل إذا خاصم وعدمه بالعكس كما أشير إليه هنا وهو في كلامهم ابن رشد غيره، ولكن انعزال الوكيل قبل ثلاث إنما هو حيث تكون الوكالة بلا أجر وحيث لا يتعلق بها حق للغير، وقد قال في المختصر: وهل لا تلزم أو إن وقعت بأجرة أو جعل فكهما وإلاّ لم تلزم تردد، انظر الشرح هناك إن أردت تحقيق ذلك، ففي كلام المختصر في ذلك صعوبة انظر الشرح هنا ولا بد ولا بدّ، فهذه أمور يحتاج إليها غاية، وقول المختصر: وحلف في كسفر يدخل فيه الحج والغزو لأنهما قد يكونا من غير سفر في العرف، وحلفه إنما هو تحقيق الدعوى عليه أنه أراد السفر ليوكل، وأما

حجّتي فلا يتوكّل عليّ. (قال في الاستغناء: من عزل وكيله) فأراد خصمه توكيله فأبى الأوّل وذلك لما اطّلع عليه من عوراته ووجوه خصوماته فإنّه لا يقبل قوله وله أن يوكّله إن شاء ا هـ.

وكلّ من على مبيع وكّلا كان له القبض إذا ما أغفلا

يعني أنّ من وكّل وكيلاً على بيع شيء فباعه فإنّ للوكيل مطالبة المشتري بدفعه الثّمن سواءٌ نصّ له الموكّل على قبض الثّمن أو لم ينصّ له عليه، وعلى ذلك نبّه بقوله إذا ما أغفلا فما زائدةٌ وفهم من قوله إذا ما أغفلا أنّ له أن يقبض إذا نصّ عليه من باب أولى وهو كذلك. قال المتيطيّ: وليس للوكيل أن ينتهي من وكالته إلى أكثر ممّا جعله إليه موكّله بإفصاح أو تبيين إلاّ المأمور بالبيع فله قبض الثّمن فإن لم يقبض الثّمن ضمنه إن مات مبتاع ذلك الشّيء. (قال ابن فتّوح): ومن وكّل على بيع سلعة ولم يوكّل على قبض الثّمن فإنّ للوكيل قبضه دون توكيل ا هـ. قال الشّارح: وممّا يشبه قبض ثمن المبيع للوكيل على البيع قبض المبيع للوكيل على الشّراء. وظاهر إطلاقاتهم لا فرق بينهما. وفي ابن الحاجب: ويملك الوكيل على المطالبة بالثّمن وقبضه وقبض المبيع والرّدّ بالعيب قال في التّوضيح: يعني أنّ التّوكيل على المبيع يستلزم أن يكون للوكيل المطالبة بالثّمن وقبض الثّمن، ولذلك لم يكن له أن يسلّم المبيع وهو لم يقبض ثمنه، وهذا مقيّدٌ بما إذا لم تكن العادة التّرك فقد نصّ أبو عمران على أنّه لو كانت العادة في الرّباع أنّ وكيل البيع لا يقبض الثّمن فإنّ المشتري لا يبرأ

إن اتهم فيجري على أيمان التهم، وما اعترض به ابن الفخار على ابن العطار لا يظهر، وكلام ابن الناظم في ذلك رأيته.

قوله: **(قال في الاستغناء من عزل وكيله إلخ)** لم أقف الآن في هذا الفرع إلاّ على ما في التحفة وفي القلب من ذلك شيء

قوله: **(قال ابن فتوح إلخ)** هذه المسائل قال فيها في المختصر: بل حتى يفوض، ثم قال: أو يعين بنص أو قرينة وتخصص وتقيد بالعرف فلا يعده إلاّ على بيع، فله طلب الثمن وقبضه، أو اشتراه فله قبض المبيع ورد المعيب إن لم يعينه موكله، ومثل العرف القرينة فإنها تقيد وتخصص كالعرف، وأحرى قول الموكل بالكسر ولا إشكال في ذلك، وقوله فلا بعده إلخ هو راجع إلى قوله: أو يعين بنص أو قرينة لا لقوله: وتخصص إلخ، وبينّا وجه ذلك في الشرح. وقوله: فله طلب إلخ أي وله عدم الطلب ولكن يغرم فإذا رضي بالغرم وهو ملي بذلك فأي مانع يمنعه من ذلك لأنه يكون له غرض في مسامحة من عامله لضعفه مثلاً، وبه يسقط الاعتراض عليه، وليس هذا من حقوق الله تعالى التي لا يصحّ إسقاطها مع أنه تابع في هذا التعبير لغيره، وقد نقلنا كلام الناس في الشرح، وقال ابن فرحون في تبصرته: الوكيل على بيع العقار لا يقبض لأن العادة جارية بعدم قبضه للثمن إلاّ بتوكيل خاص على قبضه إلاّ أن يكون أهل بلد جرت عادتهم بأن

بالدّفع إليه . وقوله وقبض المبيع أي والوكالة على الشّراء تستلزم قبض ما اشتراه، وتستلزم الرّدّ بالعيب. ولهذا قال ابن الهنديّ: كلّ من نصّ له في الوكالة على شيء فلا يتعدّاه إلاّ هنا، وأمّا لو وكّله على البيع وصرّح بأن لا يقبض الثّمن فلا يكون له القبض وقوله والرّدّ بالعيب يريد ولم يعلم الوكيل بالعيب قبل شرائه، ودلّ على ذلك قوله: فإن علم بالعيب كان له أي كان المبيع للوكيل ولا يردّه إلاّ أن يكون العيب يسيرًا أو في شرائه غبطةٌ ونظرٌ فيلزم الموكّل صحّ وآخره بالمعنى وقوله على مبيعٍ أي على بيع مبيعٍ أي بيع ما يباع.

(وغائبٌ ينوب في القيام) عنه أبٌ وابنٌ وفي الخصام

وجائزٌ إثبات غير الأجنبي لمن يغيب واختصامه أبي

يعني أنّ الغائب إذا ظهر له حقٌّ كظهور دابّة أو عبد سرق له أو أخذ شيءٌ من ماله أو أحدث عليه ضررٌ في داره مثلاً، أو أرضه ولم يترك وكيلاً يقوم بأموره، فإنّه يجوز لأبيه أو ابنه أن يقوم عنه، ويخاصم عنه وعلى ذلك نبّه بالبيت الأوّل فقوله وفي الخصام عطفٌ على

متولي البيع يتولى القبض، وهذا بخلاف الوكيل على بيع السلع فإن له قبض الثمن إلخ. وذكر في التوضيح على كلام ابن الحاجب الذي هو ككلام المختصر ما نصّه: وهذا مقيد بما إذا لم تكن العادة الترك فقد نصّ أبو عمران على أنه لو كانت العادة في الرباع أن وكيل البيع لا يقبض الثمن فإن المشتري لا يبرأ بالدفع إليه إلخ، وهذا صحيح لأن المدار على العادة والعادة جرت في الرباع بعدم قبض الثمن وفي غيره بقبضه، ولو انعكس الحال لانعكس الحكم بدليل ما رأيته من كلام ابن فرحون وغيره وهو أمر ظاهر لا غبار عليه أصلاً. وقد قال الفشتالي هنا: علة قبض الثمن هو تسليم المبيع، السنة هو تناجز الثمن والمثمن، فلو بيع لأجل فقال بعضهم لا يقبض الوكيل إلاّ بوكالة مستأنفة وكلهم يحومون على العادة إلخ، وما قاله يدل له قول صاحب المعيار في نوازل المعاوضات ما نصّه: سئل السرقسطي عن دلالة باعت لرجل أسبابًا بالنسيئة ثم إن الرجل قبض لنفسه من الغرماء معظم الثمن وتبقى له منه بقية فطلب المرأة الدلالة بقبضها، فأجاب يرجع فيما ذكر إلى عادة الناس، فإن كانت أن البائع يقبض لنفسه لم يكن على الدلالة أن تقبض له إلاّ إن شاءت برضاها ولها الأجرة على القبض إن شاءت، وإن كانت العادة أن الدلالة هي التي تقبض وتأخذ الأجرة على البيع والقبض كان القبض عليها اهـ. بلفظه. وقد تحصل من هذا كله أن المدار على العادة في الوكيل والسمسار وإن كان هو وكيلاً في الجملة غير أن السمسار إنما هو لإشهار المبيع ومضى البيع للمالك، ولا فرق بين كون البيع لأجل أو لا، وما ذكروه هنا في الردّ بالعيب انظره في الشرح فإن فيه طولاً وقف على ردّ اعتراض ابن عرفة على ابن الحاجب وغيره هنا في الشرح في كون الوكيل على الشراء يقبض المبيع فإن ما قاله ابن الحاجب هو الصحيح وهو الذي في المختصر.

وقول الناظم: (وغائب ينوب في القيام إلخ) هذا صوّبه ابن رشد، والمسألة فيها خلاف كثير

القيام، وأمّا غير الأب والابن فإن كان أجنبيًّا فلا كلام له ولا يمكّن من القيام، ولا من الخصام، وإن كان غير أجنبيٍّ يمكّن من القيام والإثبات ولا يمكّن من الخصام، وعلى ذلك نبّه بالبيت الثّاني فظاهر البيتين أنّ هذا قولٌ واحدٌ بالتّفصيل بين القريب جدًّا وهو الأب في مال ابنه والابن في مال أبيه، والقريب لأحد، وبين الأجنبيّ، وكذا قرّره الشّارح قائلاً: الأصل أن لا ينوب أحدٌ عن أحد إلاّ باستخلافه إيّاه واستنابته له إلاّ أنّهم استثنوا من ذلك قيام الأب عن ابنه وقيام الابن عن أبيه من غير استخلاف أحدهما للآخر. وإنّما ذلك للخصوصيّة الّتي اقتضتها نسبة الأبوّة من البنوّة ونسبة البنوّة من الأبوّة، فلذلك أنزل أحدهما للآخر منزلة الوكيل وإن لم يوجد منه النّصّ على توكيله فأباحوا لكلّ واحد منهما القيام عن صاحبه، ولمّا كان من سواهما من الأقارب لا توجد فيه هذه الخصوصيّة، أباحوا له إثبات حقّ الغائب خيفة ضياعه بموت من يشهد له أو بغيبته، ولكونه لا ضرر عليه في إثبات حقّه له، ومنعوا من الخصومة وما أشبهها لعدم فوت ذلك عليه ولاتّقاء المضرّة الدّاخلة عليه من قبل من يختصم عنه ممّن يمكن أن لا يكون استوفى حجّته ا هـ ببعض اختصار. ثمّ جلب الشّارح كلام العتبيّة وابن رشد قائلاً: أجاز في هذه الرّواية للابن أن يخاصم عن أبيه الغائب في رباعه وحيوانه وجميع ماله دون الوكيل وكذلك الأب فيما ادّعى لابنه. (وقال في الواضحة): إنّ ذلك في الأب أبين منه في الابن. ولم يرو ذلك لمن سوى الأب والابن من القرابة والعشيرة، ويمكّن من إقامة البيّنة وإثبات الحقّ لا أكثر. ثمّ قال: والصّواب أنّ الأب والابن يمكّنان من الإثبات والخصومة عن الغائب، ومن عداهما من القرابة لا يمكّنون إلاّ من الإثبات لا غير، ولا يمكّنون من الخصومة. وظاهر الرّواية أنّ الأجنبيّ لا يمكّن من شيء اهـ. والّذي في التّوضيح قبل باب العدالة متّصلاً به إذا قام عن الغائب محتسبٌ في شيءٍ تسوّر فيه على الغائب، أو أخذ له، أو في عيب أحدث عليه في داره أو أرضه فهل يمكّن القاضي هذا القائم من مخاصمة ذلك المتعدّي أم لا؟ خمسة أقوال: أحدها: أنّه لا يمكّن من ذلك إلاّ الأب والابن ومن له قرابةٌ قريبةٌ، ثمّ إذا مكّنه من المخاصمة فلا يخرج الملك من يد حائزه، ولا يزيل العيب الّذي أحدث لاحتمال أن يقرّ به الغائب أو يقرّ أنّه أعلم بما أحدث، وإنّما يشهد بذلك خوفًا من موت الشّهود ثمّ ينظر الغائب، ولو أقرّ من بيده العقار أو غيره أنّه لغائب أخرجه عنه وجعله بيد ثقة، ويقطع العيب إن اعترف بإحداثه. وثانيها: أنّه يمكّن من ذلك القريب والأجنبيّ قاله ابن القاسم

وكلام طويل نقلناه على قول المختصر آخر كتاب القضاء، وفي تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد، وما صوّبه ابن رشد هو الذي ظهر لنا ممّا رأيناه من كلام الناس، ولكن هذا الخلاف في غير ما إذا كان القائم له حق فيما قام فيه، وإما إن كان له حق فله القيام ومنه قول هذا الشارح: يستثنى إلخ، ولكن هي أمور كثيرة وتحتاج إلى تحير فقف عليها في الشرح واختصارها لم يتأت لنا لكثرة الكلام في ذلك وتقييده بأمور وهي فوائد جليلة.

أيضًا، وذهب سحنونٌ: إلـى أنّ القاضي يوكّل عن الغائب وهو أحد قـولي ابن الماجشون، وقاله أصـبغ. وثالثها: أنّه يمكّن من إقـامة البيّنة ولا يمكّن من الخـصومة، ورابعـها: أنّه لا يمكّن من إقامـة البيّنة ولا من الخصومة إلاّ بتـوكيل الغائب قاله ابن الماجـشون ومطرّفٌ في الواضحة، خامسها: أنّ القريـب والأجنبيّ يمكّن من الخصومة في العبد والدّابّة والثّوب دون توكيلٍ، لأنّ هذه الأشـياء تفوت وتحول وتغـيب، ولا يمكّن من الخصومة في غـير ذلك إلاّ الأب والابن، حكاه ابن حـبيب ومطرّفٌ. وعلى القـول بالتّمكين فـهل هذا في القـريب والبعيد، أو في البعيد خاصّةً؟ قولان قـال سحنونٌ: في القريب الغيبة دون بعيدها، وقيل: في البعيد، وهو الـظّاهر من رواية أشهب، وقول ابن الماجشون ا هـ. وفي مخـتصر الشّيخ خليلٍ، وفي تمكين الدّعوى لغائبٍ بلا وكالة تردّدٌ.

تنبيهٌ: يستثنى من هذا الخلاف مسألتان: الأولى من تعلّق به ضمان مال الغائب المدّعى فيه كالمستعير والمرتهن إذا كان الشّيء ممّا يغاب عليه، فإنّ لهذا المستعـير والمرتهن المخاصمة والدّعوى، وإثبات ملك الغـائب وتسلّمه. الثّانية: من أراد أن يستـوفي من ذلك المدّعى فيه شيئًا له في ذمّة المالك الغائب وذلك المرتهن، له أن يثبت ملك الرّاهن ليبيعه، ويستوفي منه حقّه. وزوجـة الغائب وغرمـاؤه يثبتون مـا له ليباع لهم ويستـوفوا حقّهم، ومـا عدا هذين الوجهين هو محلّ الخلاف المتقدّم. راجع الحطّاب آخر باب القضاء.

فرعٌ: إذا ثبت حقّ الغائب فـهل يوقف حتّى يحلّف يمين الاستظهـار؟ أو يسلّم لوكيله وتؤخّر اليمين حتّى يقدم فيحلف أو يموت فتحلف ورثته وإن نكل أو نكلوا رجع عليه؟ ذكر البـرزليّ في ذلك قولين. قـال الحطّاب: ويأتي الكلام على ذلك عند قـول المؤلّف في باب الشّهادة: وإن قال أبرأني موكّـلك الغائب. إلخ، وكذلك إذا أردت اليمين على الموكّل وهو غائبٌ. قال ابن رشد: الّذي أراه أن يؤخذ حميلٌ بالثّمن من الّذي وجبت عليه اليمين ابتداءً إلى أن يكتب للغائب الّذي ردّت عليه اليمين في الموضع الّـذي هو به فيحلف، وسواءٌ كان قريب الغيبة أو بعيدها من الحطّاب في الموضع المذكور.

فصل في تداعي الموكل والوكيل

(وإن وكـيلٌ ادّعى إقـبـاض من) وكّله مـا حـاز فـهـو مـؤتمن
مع طول مـدّةٍ وإن يكن مـضى شـهـرٌ يصـدّق مع يمينٍ تقـتـضى

فصل في تداعي الموكل والوكيل

قـول الناظم: (وإن وكـيل ادعى إقـبـاض من إلخ) طول الناظم في هذه المسـألة مع كـون

وإن يكن بالفور الإنكار له فالقول مع حلف لمن وكّله

ذكر في هذه الأبيات والخمس بعدها حكم ما إذا أقرّ الوكيل بقبض ما وكّل على قبضه أو قبض ثمن ما وكّل على بيعه، وادّعى أنّه دفع لموكّله ما قبض له، وأنكر الموكّل وزعم أنّه لم يعطه شيئًا وأنّه باقٍ تحت يد الوكيل، فحكى المؤلّف في ذلك أربعة أقوال: الأوّل منها ما ذكره في هذه الأبيات وهو أنّه إن كان تداعيهما بعد طول المدّة من زمن قبض الوكيل كالعام ونحوه (فالقول قول الوكيل من غير يمين) عليه في ذلك؛ لأنّه قام له شاهدان: الأمانة وطول المدّة، وإن كان التّداعي بالقرب كالشّهر ونحوه فالقول قوله لكن مع يمينه. قال الشّارح: لأنّ شهادة الأمانة تقتضي أن يكون. فالقول قوله، وقصر المدّة يوجب للموكّل حقًّا فوجبت له عليه اليمين، (وإن كان التّداعي بالقرب) فلا قول للوكيل بل للموكّل مع

مقصوده في نظمه هو بيان ما به العمل بالقطر الأندلسي، واقتصر في المختصر على قوله وصدق أي الوكيل في الردّ كالمودع فلا يؤخر للإشهاد اهـ. والذي لخصناه في الشرح هو كلام المختصر وهو تصديقه في الردّ على الإطلاق من غير قيد إن لم يقبض بالإشهاد للتوثق وإلاً فلا يصدق في الردّ إلا ببينة، ولا بدّ من يمينه حيث يصدق طال الزمان أم لا، مات الموكل وزعم أنه دفع له قبل موته أو لم يمت، كان مفوضًا إليه أم لا، ولكن القول بعدم اليمين مع الطول قوي لا سيما إن كان الوكيل ظاهر الأمانة، ولا فرق هذا بين ما قبضه الوكيل من غير الموكل بأمره كقبض ثمن مبيع وكل على بيعه وبين ما دفعه الموكل له ليشتري به مثلاً فلم يشتر وادعى ردّه للموكل ولذلك قال في التهذيب ما نصّه: والوكيل مؤتمن فيما بينه وبين موكله، فإن ادعى ردّ ما أودعه أو سلمه إليه ليشتري له أو ليدفعه إلى غيره أو على أي وجه كان صدق مع يمينه هذا لفظه. وفي أنقال شرح التحفة غير ما ذكره في المدونة أيضًا فلا نطيل بجلبه. قوله: **(فالقول قول الوكيل من غير يمين إلخ)** الراجح هو اليمين حتى مع الطول، ولكن هذا قول قوي كما تقدمت الإشارة إلى هذا، فقول الناظم: وقيل إن القول للوكيل إلخ هذا هو الراجع وهو مذهب المدونة كما في التوضيح وغيره وهو قول مالك، وأصل ذلك لابن رشد، وكلام الناظم فيه بحث فلا تعتمده لا سيما في هذه الأزمنة المتأخرة التي قلت فيها أمانة الناس، فما قال فيه هو المشهور لا يظهر ذلك، انظر كلام الناس في الشرح. قوله: **(وإن كان التداعي بالقرب إلخ)** عبارة ابن عرفة في هذا: وإن مات بحدثان قبضه كان في ماله وبعده ما فيه القضاء والدفع فلا شيء عليه. وفي المفيد: إن أقرّ الوكيل والزوج عند سفرهما أو مرضهما أو دون ذلك ببقاء ذلك بأيديهما ثم اختلفا بعد ذلك أو بعد الصحة أو القدوم لكلف الوكيل البينة على الدفع وإلاً حلف الآخر وغرم، وهذا قول ابن حبيب وهو أحسن قوليه لأن بإقراره صار كالدين، ثم ذكر عن ابن الماجشون أن الزوج كالوكيل، وإذا مرض الوكيل أو أراد سفرًا فأشهد على نفسه بالقبض ولم يدفع فهذا إشهاد يدخله في ذمّته فلا يبرأ إلاً ببينة كالمودع عنده إلخ، تأمله هل هو المذهب أم لا وتدبره. وفي نقل ابن الناظم معللاً المسألة ما نصّه بمنزلة ما إذا ادعى بحضرة ما قبض المال أنه قد دفع وأنكر صاحبه حلف صاحب

يمينه، لأنّ قبض الوكيل محقّقٌ إمّا بإقرارٍ أو بيّنةٍ، (فالوكيل مدّعٍ براءة ذمّته) بعد ثبوت عمارتها ولم يقع من التّراخي في الزّمان ما يشهد ببراءة ذمّته. قال ابن أبي زمنين: قال عبد الملك: وسألت مطرّفًا عن الرّجل يوكّل على التّقاضي أو على قبض شيءٍ بعينه أو على بيع شيءٍ بعينه أو على الخصومة، أو الوكيل المفوّض إليه الّذي تؤخذ منه البراءات بما دفع إليه من الدّيون وما حكم له باسم صاحبه، فاختلف هذا والّذي وكّله، فقال الموكّل: هات ما قبضت لي، وقال: الوكيل قد برئت إليك به، فقال لي: سمعت مالكًا يقول: الوكيل على هذه الأوجه الّتي ذكرت ضامنٌ بمنزلة إذا ادّعى بحضرةٍ ما قبض المال أنّه قد دفعه، وأنكر صاحب حلف - صاحب الحقّ - باللّه ما قبضت وأغرمه الوكيل، وذلك إذا كان بحضرة ذلك وقربه بالأيّام اليسيرة، أمّا إن تباعد ذلك مثل الشّهر ونحوه فالقول قول الوكيل في الدّفع بيمينه يحلف ويبرأ، أو إن طال ذلك جدًّا لم يكن على الوكيل يمينٌ وكان بريئًا ولم يضرّه ما كتب عليه من البراءة إليه بذلك؛ لأنّ البراءة وإن كانت منه والدّفع وإن كان إليه، إنّما البراءة على الّذي وكّله، والدّفع كأنّه إليه حين ثبت أنّه وكيله وأنّه في كلّ ما قبض أو دفع أو أقرّ أو جحد بمنزلته كنفسه فلا إشهاد ولا براءة على الوكلاء بدفع ما دفعوا إلى الّذين وكّلوهم بما قبضوا لهم وجري بأيديهم. فقوله: وإن كان فاعلٌ بفعلٍ محذوفٍ يفسّره ادّعى، وإقباضٌ مصدر أقبض أضيف للمفعول الأوّل وهو من، وما حاز مفعولٌ ثانٍ، وفاعل حاز للوكيل. وجملة فهو مؤتمن جواب إن، ومع يتعلّق بمؤتمنٍ، وجملة تقتضي صفةٌ ليمينٍ والإنكار اسمٌ بالفور خبرها، وجملة فالقول لمن وكّله جوابٌ إن يكن ومع حلفٍ حالٌ للقول واللّه أعلم.

وقيل إنّ القول للوكيل مع اليمين دون ما تفصيل

هذا هو القول الثّاني في المسألة وهو أنّ القول قول الوكيل مع يمينه مطلقًا أي من غير تفصيلٍ بين طول المدّة وقصرها، وهذا هو مذهب المدوّنة، ونصّ سماع ابن القاسم في العتبيّة، وإليه أشار الشّيخ خليلٌ بقوله: وصدق في الرّدّ كالمودع فالأولى للنّاظم تقديمه على

الحق بالله ما قبضت وغرمه الوكيل، وكذلك إن كان بحضرة ذلك وقر به الأيام اليسيرة، وأما إن تباعد ذلك مثل الشهر ونحوه فالقول قول الوكيل مع يمينه في الدفع ويبرأ، وإن طال ذلك جدًا لم يكن على الوكيل يمين إلخ، لكن لا بدّ من اعتبار قرائن الأحوال في مسألة ما يكون فيه القول للموكل في مسألة القرب، فإن الدفع قد يمكن في اليوم الذي قبض وقد لا يمكن في أكثر. وعبارة التوضيح: لو مات اوكيل أو الزوج بحدثان القبض كان ذلك في مال القابض إذا ثبت القبض وجهل الدفع وإن مات القابض بعد زمان إلخ. وانظر الشرح ولا بدّ ولا بدّ إن كان يغلب على الظن أو يجزم به أنه لا يمكن القبض عادة فالوكيل ضامن مع يمين الموكل وإلاّ فيحلف الوكيل ويبرأ هذا الذي يتبين والعلم عند الله تعالى. قوله: (فالوكيل مدع براءة ذمته إلخ) الوكيل لم تعمر ذمته

قول مطرّف الّذي بدأ به ابن يونس: قال ابن القاسم في العتبيّة وغيرها في الوكيل المفوّض إليه أو المخصوص أو الزّوج يوكّلون على قبض حقٍّ فيدّعون أنّهم قبضوه ودفعوه إلى من وكّلهم أنّهم مصدّقون في ذلك كلّهم مع أيمانهم كالمودع يقول: رددت الوديعة وينكرها. وقاله ابن الماجشون وابن عبد الحكم: خلافًا لمطرّفٍ وابن حبيبٍ ابن عرفة: وفيها والوكيل مبيعٌ مصدّقٌ في دفع ثمنه للآمر.

وقيل إن أنكر بعد حين ... فهو مصدّقٌ بلا يمين

وإن يمرّ الزّمن القليل ... فمع يمينٍ قوله مقبول

وقيل بل يختصّ بالمفوّض ... إليه ذا الحكم لفرقٍ مقتضى

ومن له وكالةٌ معيّنة ... يغرم إلاّ أن يقيم البيّنة

ذكر في هذه الأبيات بقيّة الأقوال الأربعة وهو الثّالث والرّابع. فالثّالث: التّفصيل أيضًا بين أن يطول الزّمان فالقول قول الوكيل بلا يمين، وعن طوله عبّر بالحين والحين يطلق على السّنة وقوله تعالى: ﴿تؤتي أكلها كلّ حين بإذن ربّها﴾ [إبراهيم:٢٥]. وكذا تقدّم في القول الأوّل، وأنّ المراد بالطّول السّنة ونحوها، وبيّن أن يكون ذلك بالقرب فالقول للوكيل مع يمينه. وبقي من التّقسيم المذكور في القول الأوّل حكم ما إذا قام بالفور ولعلّ القول في ذلك أيضًا للوكيل، وكذا يظهر من كلام بعض من شرحه. فإنّه قال: إن كان الإنكار بحضرة ذلك أو بقربه بالأيّام اليسيرة صدق الوكيل من يمينه. اهـ. وبهذا يفترق هذا القول مع الأوّل، فإنّ الأوّل إن أقيم فيه بالفور فالقول للموكّل كما تقدّم. القول الرّابع: إنّ هذا الحكم المذكور في القول الثّالث إنّما هو في الوكيل المفوّض إليه، وأمّا الوكالة الّتي عيّن فيها الآمر الموكّل عليه فإنّه يغرم ولا يقبل قوله إلاّ أن يقيم البيّنة على الرّدّ للموكّل، وقوله: «لفرقٍ مقتضٍ»، قال الشّارح: هو - واللّه أعلم - ظهور الوثوق من الموكّل بأمانة المفوّض إليه دون ظهور ذلك من الموكّل للوكيل المخصوص ابن عرفة. وفيها والوكيل على بيعٍ مصدّقٌ في دفع ثمنه للآمر؛ لأنّه أمينه. ابن رشد: في قبول قول الوكيل مع حلفه أنّه دفع لموكّله ما أمره بقبضه من مبيعٍ أو غريمٍ مطلقًا وإن كان بعد شهرٍ ونحوه إن طال لم يحلف، ثالثها: إن كان بالقرب بيسير الأيّام أحلفه وإن طال لم يحلف، ورابعها: الوكيل على معيّنٍ غارمٌ مطلقًا والمفوّض إليه يحلف في القرب لا في البعد لسماع ابن القاسم معها ورواية مطرّف وقول ابن عبد الحكم مع ابن الماجشون وأصبغ اهـ. فقوله ذا الحكم ذا اسم إشارة فاعلٌ بيختصّ، والحكم نعتٌ له، وبالمفوّض يتعلّق بيختصّ، وكذا الفرق وقوله: ومن له

فيما يظهر لأن ذمته خالية باعتبار الأصل ولو ثبت قبضه لأن قبضه على وجه الأمانة، وعبارة ابن الناظم تقرب من هذا، ولكن مسألة الموت تأتي وهي قول الناظم: وموت زوج إلخ.

وكالةٌ معيّنه البيت هو تصريحٌ بمفهوم قوله يختصّ بالمفوّض إليه. وأمّا غيره فيغرم إلاّ أن يقيم البيّنة.

والزّوج للزّوجة كالموكّل فيما من القبض لما باعت يلي

يعني أنّ الزّوج للزّوجة كالوكيل فإذا باعت شيئًا وقبض الزّوج ثمنه أو قبض لها دينًا ثمّ تنازعا فادّعت أنّه لم يدفع لها ما قبض وادّعى هو أنّه دفع لها ذلك فإنّه يجري على الحكم المتقدّم في الوكيل من كون النّزاع بعد طول المدّة أو بالقرب أو بالفور أجره على ما تقدّم. قال ابن أبي زمنين في منتخبه إثر ما تقدّم عنه في شرح الأبيات الثّلاث، وكذا الزّوج (فيما باع لامرأته بإذنها) إذا ادّعت أنّها لم تقبض ذلك منه وادّعى أنّه قد برئ بدفع ذلك إليها. وقال ابن عرفة: وفي حمل الزّوج في بيعه وشرائه لزوجه على الوكالة وإن لم تثبت أو حتّى يثبت دليلا سماع ابن القاسم في كتاب المديان وسماع عبد الملك في كتاب الدّعوى. قال الشّارح: يظهر أنّ الوكالة إمّا أن تكون بالنّصّ ولا إشكال وإمّا أن تكون بمقتضى العادة كالزّوج مع زوجته وكالابن مع أبيه وهو دليل سماع ابن القاسم في الزّوجة وصحّة العقد على أخته البكر إذا أجازه الأب، وإباحة المخاصمة لكلّ واحدٍ من الأب والابن عن صاحبه.

وموت زوجٍ أو وكيلٍ إن عرض من غير دفع ما بتحقيقٍ قبض

من ماله يأخذ ذاك قائم بالفور والعكس لعكسٍ لازم

يعني إذا قبض الزّوج ثمن ما باعته زوجته أو قبض دينًا لها على غيره أو قبض الوكيل

قوله: (فيما باع لامرأته بإذنها إلخ) هذه وكالة لأن إذنها للزوج في البيع وكالة بلا شك، والشارح حلّ النظم بقوله: فإذا باعت شيئًا وقبض الزوج ثم استدل بما فيه توكيل وهذا تخليط وهو تابع لابن الناظم، ولكن ما في ابن الناظم أخف والناظم قال: والزوج للزوجة كالموكل فيما من القبض لما باعت يلي فيما من القبض لما باعت يلي وأنها هي البائعة، فكيف يستدل بكلام المنتخب الذي باع فيه الزوج بإذنها؟ فشروح التحفة لم يسوقوا للنظم دليلاً باعتبار كلام المنتخب، نعم ما ساقوه من كلام ابن عرفة صحيح، وفي المفيد دفع الزوجة بلا وكالة كدفع الوكيل للموكل إلخ. ولكن في مسألة الزوج على ما كتبناه عند قول المختصر بما يدل عليه عرفًا، ولكن يجب أن يراعى حال الزوج مع زوجته، فإنه إذا كان بينهما مشادة فليس هو كالوكيل لها، وكذلك إذا جرت العادة بأنه ليس كالوكيل، والحاصل مدار هذه الأمور على العوائد فيراعى عرف كل بلد والقرائن الدالة على التوكيل وعدم ذلك، ولا يكفي في هذه المسألة الإطلاق أنه كوكيل، وانظر في المحل المذكور الأخ مع أخته، وعبارة ابن عرفة في الزوج ما نصّه: وفي حمل الزوج في بيعه وشرائه للزوجة على الوكالة إن تثبت أو حتى يثبت دليلاً سماع ابن القاسم في كتاب المديان، وسماع عبد

ذلك من موكّله ثمّ مات القابض من زوجٍ أو وكيلٍ ولم يحقّق براءة ذمّته ممّا قبض، فإمّا أن يكون موته قريبًا من قبضه لما قبض، أو بعد المدّة الطّويلة، فإن كان بعد المدّة الطّويلة فلا شيء للزّوجة قبل ورثة الزّوج، ولا للموكّل قبل ورثة الوكيل، وغاية ما تتوجّه عليهم اليمين أنّهم لا يعلمون أنّه بقي قبل موروثهم من الحقّ الّذي ادّعى عليه شيءٌ، وإن مات الزّوج أو الوكيل بالقرب فيؤخذ ذلك من أموالهما إذا عرف القبض وجهل الدّفع، والمرأة والموكّل يدّعيان عدم الدّفع. قال ابن أبي زمنين: «قال مطرّفٌ: «فإن مات الزّوج والوكيل بحدثان ما جرى على أيديهما ممّا ذكرناه فذلك كلّه في أموالهما إذا كان قد عرف القبض وجهل الدّفع، والمرأة والموكّل يدّعيان ذلك وما كان من موتهما بغير حدثانه، وما يمكن فيه المخرج والقضاء والدّفع فلا شيء في أموالهما، وإن لم يعرف الدّفع ولم يذكر. ابن عرفة: وإن مات الوكيل بحدثان قبضه كان في ماله وبعده ممّا يمكن فيه القضاء والدّفع فلا شيء عليه اهـ. وسئل الأستاذ أبو سعيد بن لبٍّ عن امرأةٍ توفّي والدها وتولّى زوجها قبض ميراثها منه، ثمّ توفّي زوجها فأثبتت أنّ ما قبض زوجها من متروك والدها أدخله في مصالحه ولم يمكّنها من شيءٍ منه، فأجاب: إذا ثبت أنّ ما قبض لم يمكّنها من شيءٍ منه فلا إشكال، وإن لم تثبت ذلك وإنّما تعلّقت بالقبض خاصّةً فإن كان الزّوج قبض بإذن الزّوجة ومات بحدثان القبض فذلك لازمٌ لتركته بعد يمين القضاء، وإن كان ذلك بغير حدثانه بل بعد شهرٍ ونحوه فيحمل الأمر على أنّه قد دفع ما قبض، وإن كان القبض تعدّيًا منه وتجاسرًا على مال الزّوجة وتحاملاً فذلك لازمٌ لماله ولتركته بعد يمين القضاء. انتهى.

باب الصلح وما يتعلق به

(ابن عرفة: الصّلح انتقالٌ) عن حقٍّ أو دعوى بعوضٍ لرفع نزاعٍ أو خوف وقوعه. وقول ابن رشد: هو قبض شيءٍ عن عوضٍ يدخل فيه محض البيع وهو من حيث ذاته مندوبٌ إليه، وقد يعرض وجوبه عند تعيين مصلحته وحرمته وكراهته لاستلزام مفسدةٍ

الملك في كتاب الدعوى اهـ. ولعل هذا الاختلاف للعوائد، وقد قال في الجواهر ما نصّه: الشرط الثاني أن يكون ما به التوكيل معلومًا في الجملة ويستوي في كونه منصوصًا عليه أو داخلاً تحت عموم اللفظ، أو معلومًا بالقرائن أو بالعادة إلخ، وهذا منه بلفظه: فانظر قوله أو معلومًا إلخ فإنه حسن غاية، والفرع الذي ساقه هذا الشارح آخر هذا الباب عن ابن لب تبعًا لابن الناظم في مسألة الزوجة التي قبض زوجها ميراثها يدل على ما ذكرناه أن الزوج ليس كالوكيل بالإطلاق، بل يتعين في بعض الأوقات والمحال أنه متعد.

باب الصلح وما يتعلق به

قوله: **(ابن عرفة: الصلح انتقال إلخ)** هذا الرسم أو الحد فيه بحث فقف على الشرح يظهر

واجبة الدّرء أو راجحته الرّصّاع: قوله عن حقٍّ أو دعوى الأوّل الصّلح على الإقرار، والثّاني على الإنكار وبعوضٍ يتعلّق بانتقال وخرج الانتقال بغير عوضٍ، وقوله لرفع نزاع يخرج به بيع الدّين وما شابهه، وقوله أو خوف وقوعه يدخل فيه الصّلح عن المحجور وما شابهه.

الصّلح جائزٌ بالاتّفاق لكنّه ليس على الإطلاق

وهو كمثل البيع في الإقرار كذاك للجمهور في الإنكار

فجائزٌ في البيع جاز مطلقا فيه وما اتّقي بيعًا يتّقى

كالصّلح بالفضّة أو بالذّهب تفاضلاً أو بتأخّرٍ أبي

أخبر أنّ الصّلح جائزٌ وأنّ جوازه متّفقٌ عليه عند العلماء. التّوضيح: الصّلح مأخوذٌ من صلح الشّيء بفتح اللام وضمّها إذا كمل وهو خلاف الفساد، والصّلح يذكّر ويؤنّث، وقد اصطلحا واصّالحا وتصالحا. (وروى) التّرمذيّ وحسّنه أنّ رسول اللّه ﷺ قال: «الصّلح جائزٌ بين المسلمين إلاّ صلحًا حرّم حلالاً أو أحلّ حرامًا والمسلمون على شروطهم إلاّ شرطًا حرّم حلالاً أو أحلّ حرامًا»[٤٩] . ا هـ ببعض اختصار. والمراد بالجائز - واللّه أعلم - الجواز الأعمّ الشّامل للواجب والمندوب، والمباح، والمكروه، وقوله: لكنّه ليس على الإطلاق أي لكنّ جوازه ليس على الإطلاق أي في كلّ صورةٍ صورةٌ وفي وجه وجهٌ بل هو جائزٌ في الجملة ومنه ما هو غير جائزٍ. ثمّ بيّن وجه ذلك وهو أنّ الصّلح كالبيع والبيع منه ما هو جائزٌ ومنه ما هو ممنوعٌ فكذلك الصّلح، فلذلك أتى بالفاء في قوله: فجائزٌ أي فما جاز في البيع جاز في الصّلح وما امتنع في البيع امتنع في الصّلح، وعلى ذلك نبّه بقوله: وهو كمثل البيع. البيتين، فقوله جاز فيه أي في الصّلح، وما اتّقي بيعًا أي في البيع يتّقى في الصّلح، والكاف الدّاخلة على مثل زائدةٌ على حدّ ﴿ليس كمثله شيءٌ﴾ [الشورى:١١] وكون الصّلح كالبيع فيما يحلّ ويحرم وهو المتّفق عليه إن كان الصّلح على

لك الحق في النازلة، ويتبين لك أن قول المختصر الصلح بيع إلخ على بابه إلاَّ أنه كالبيع بل هو بيع حقيقة، وعلى المنافع إجارة حقيقة لا كالإجارة، قف على الشرح ففيه الشفاء وفوائد حسان لا توجد في غيره إن شاء الله تعالى، وإنما لم أنقل ذلك خشية التطويل الممل مع كون الناظم لم

(٤٩) [حديث حسن]: أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، وأحمد في المسند (٢/ ٣٦٦)، وابن حبان في صحيحه (٥٠٩١)، والدارقطني في سننه (٢٨٦٨)، والطبراني في الكبير (١٧/ ٢٢)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٦٣، ٦٥) كلهم من طريق أبو هريرة، وله شاهد أخرجه الترمذي (١٣٥٢)، وابن ماجه (٢٣٥٣)، والبيهقي في السنن الكبري (٦/ ٦٤)، وحسنه الشيخ الألباني في الإرواء (١٤٢٠)، ونبه على أنه من حديث أبي هريرة وليس فيه إلا صلحًا.

الإقرار، وأمّا على الإنكار فكذلك عند الجمهور خلافًا لأشهب، وعلى هذا نبّه النّاظم بقوله وهو كمثل البيع. البيت، وقوله: كالصّلح بالفضّة أو بالذّهب البيت هو تمثيلٌ لبعض ما شمله قوله: وما اتّقي بيعًا يتّقى. قال في المفيد: واتّفق العلماء على جواز الصّلح على الإقرار والإنكار إذا كان على طوع من المتصالحين لا يدخله إكراهٌ والصّلح كالبيع فما يجوز في البيع جاز في الصّلح، وما امتنع في البيع امتنع في الصّلح. ا هـ. وفي ابن الحاجب: الصّلح معاوضةٌ كالبيع وإبراءٌ وإسقاطٌ. التّوضيح عن ابن عبد السّلام: «المعاوضة أخذ ما يخالف الشّيء المدّعى فيه إمّا في الجنس أو في الصّفة، والإبراء إسقاط بعض ما في الذّمّة إذا كان المدّعى فيه غير معيّنٍ، والإسقاط وضع بعض المدّعى فيه المعيّن كدار أخذ بعضها ا هـ. وذكر في كلام ابن الحاجب هذه احتمالاتٌ أخر. وفي الجواهر: الصّلح عن الدّين كبيع الدّين وإن صالح عن بعضه فهو إبراءٌ من البعض، ولو صالح من حالٍّ إلى مؤجّلٍ مثله أو أقلّ جاز ولا يجوز على أكثر منه، وإن صالح عن مؤجّلٍ على حالٍّ بعضه وإسقاط بعضه لم يجز، وبالجملة فهذا القسم من الصّلح بيعٌ وحكمه حكم البيع في المعيّن كان أو في الدّين، ويقدّر المدّعى به والمقبوض كالعوضين فيما يجوز بينهما وما يمنع، وتمنع الجهالة والغرر وواحدٌ باثنين من جنسٍ إلى أجلٍ والوضع على التّعجيل وغيره ممّا يشبه ا هـ. وهذا كلّه مندرجٌ في قوله: فجائزٌ في البيع البيت، وأشار بقوله كالصّلح بالفضّة إلى أنّه كما يمتنع أن يبيع فضّةً مصوغةً بفضّةٍ مسكوكةٍ أكثر منها أو ذهب (مسكوكًا) بذهب مصوغٍ أكثر منه فكذلك يمتنع الصّلح عن أحدهما بجنسه أكثر منه أو أقلّ ولو يدًا بيد لفوات المماثلة المشترطة في الجنس الواحد وكذلك يمتنع الصّلح عن أحدهما بالآخر كذهب بفضّة، وبالعكس نسيئةً، (ولو مثلاً بمثلٍ) لفوات المناجزة، وأمّا أخذ الفضّة عن فضّة قدرها، أو ذهب عن ذهب قدره، ولو نسيئةً، فجائزٌ لأنّ هذا اقتضاء دينٍ لا صلحٌ. فقوله: كالصّلح بالفضّة أي عن الفضّة أيضًا، لكن تفاضلاً، وقوله: أو بالذّهب أي عن الذّهب أيضًا متفاضلاً. قوله أو بتأخّرٍ أي الصّلح عن الفضّة بالذّهب، أو العكس من غير يد بيد. وكذا الصّلح عن أحدهما بجنسه غير يد بيد، لا على وجه القضاء من الدّين، وقد نقل المواّق في قول الشّيخ خليلٍ: وجاز عن دينٍ بما يباع به فروعًا خمسةً، عن ابن يونس في بيع الدّين. وقد نقلنا عنه في فصل بيع الدّين. فلذلك لم نعده هنا ابن الحاجب: الصّلح عن الدّين كبيع الدّين، ويقدّر الدّين، والمقبوض كالعوضين فيعتبر: (ضع وتعجّل)، وحطّ الضّمان وأزيدك، وبيع الدّين بالدّين التّوضيح: عطف قوله: فيعتبر ضع «بالفاء» لأنّه كالنّتيجة عمّا قبله، وضع وتعجّل

يتعرض لشيء من ذلك. قوله: (مسكوكًا إلخ) لا خصوصية للمسكوك لكن التفاضل في الفضة أو في الذهب بالذهب كان في المنع كانا مسكوكين معًا أو أحدهما، أو لا سكة فيهما أصلاً، وهذا بيّن وهو ظاهر النظر، وكذا إذا وجد التأخير هنا ولو بيّن فضة وذهب فالمنع مطلقًا. قوله: (ولو مثلاً بمثل إلخ) فيه شيء لا يخفاك. قوله: (ضع وتعجل) يكون في العين. وقوله: (وحط

يكون في العين وغيره، كما لو ادّعى عليه بعشرة دراهم، أو عشرة أثواب إلى شهر فأقرّ بذلك، ثمّ صالحه على ثمانية نقدًا، (وحطّ الضّمان، وأزيدك) إنّما يكون في غير العين كما ادّعى عليه بعشرة أثواب إلى شهر، فصالحه على اثني عشر نقدًا، وإن صالحه عنها بدنانير مؤجّلة، أو دراهم مؤجّلة لم يجز؛ لأنّه فسخ دين في دين. وهذا معنى قوله: وبيع الدّين بالدّين، وكذلك يعتبر الصّرف المؤخّر كما لو صالحه على دنانير مؤجّلة بدراهم، أو بالعكس، وكذلك يعتبر بيع الطّعام قبل قبضه فلا يجوز لمن ادّعى بطعام من بيع أن يصالح عنه بغيره، وكذلك يعتبر معرفة ما يصالح عنه، فإن كان مجهولاً لم يجز. ولذلك اشترط في المدوّنة في صلح الولد للزّوجة على إرثها معرفتها لجميع التّركة، وحضور أصنافها، وحضور من عليه العرض، وإقراره، وإلاّ لم يجز، وكان المصنّف عبّر بالموانع الثّلاثة على ما عداها ا هـ. وقد جمع بعض الشّيوخ هذه الموانع الّتي تتّقى في بيع الدّين بقوله:

جهلاً وفسخًا ونسا وحطّ ضع والبيع قبل القبض إن صالحت دع

أي إن صالحت فدع أي اترك الجهل وما عطف عليه، وهو فسخ الدّين في الدّين، وربا النّساء أي التّأخّر في الصّرف مثلاً، وحطّ الضّمان وأزيدك وضع وتعجّل، وبيع الطّعام قبل قبضه.

(فرعان: الأوّل: اختلف في الصّلح) عن ترك القيام بالعيب فابن القاسم يرى أنّه مبايعةٌ بعد فسخ الأوّل، يعتبر ما يحلّ ويحرم من بيعٍ وسلفٍ وفسخ دينٍ وأشهب يرى البيع الأوّل باقيًا وهذا عوضٌ عن الإسقاط، فيعتبر ما يحلّ ويحرم من سلفٍ جرّ منفعةً وفسخ دينٍ انظر ما ينبني على القولين في ابن الحاجب في التّوضيح أوّل باب الصّلح الثّاني ما تقدّم

الضمان وأزيدك) إنما يكون في غير العين. قال ابن يونس: إنما يكون ضع وتعجل في الجنس الواحد لا في الجنسين، وأما حط الضمان وأزيدك فيدخل في الجنس والجنسين فيما لا يجب له تعجيله اهـ. بلفظه. ونقلنا هذا على مسألة الفرس آخر بيوت الآجال، ولكن انظر هذا عند قول المختصر: وقضاء قرض إلخ وضع وتعجل يعلّل به في البيع والسلف وحطّ الضمان وأزيدك إنما يعلّل به في البيع بشرط أن يكون ذلك في العروض، وصاحب التوضيح إنما جعل منع ضع وتعجل وحط الضمان وأزيدك في الجنس الواحد وهذا هو الذي نعرفه، وكلام ابن يونس في حطّ الضمان وأزيدك لم أفهمه، وقد قلنا على ما في التوضيح تقريبًا ما نصه: علّل بضع في بيعنا والسلف كالبيع للعرض بحط تقتفي منعهما وقد خصصوا بما اتحد في الجنس لا في الغير فافهم ما ورد.

قوله: **(فرعان: الأول اختلف في الصلح إلخ)** انظر هذا عند قول المختصر في كتاب الاستحقاق لا إن صالح عن عيب بآخر يظهر لك السحر الحلال والماء الزلال في هذه المسألة

من جواز الصّلح على الإنكار هو على الجملة، وإلاّ فلجوازه شروطه، فشروطه عند مالك ثلاثةٌ: وهو أن يجوز على دعوى المدّعي، وعلى إنكار المنكر، وعلى ظاهر الحكم، وابن القاسم يشترط الأوّلين فقط. وأصبغ يشترط شرطًا واحدًا: وهو أن لا تتّفق دعواهما على فساد. (انظر بيان ذلك في التّوضيح).

والصّلح بالمطعوم في المطعوم نسيئةً ردّ على العموم
والوضع من دينٍ على التّعجيل أو المزيد فيه للتّأجيل
والجمع في الصّلح لبيعٍ وسلف وما أبان غررًا بذا اتّصف
والصّلح بالطعام قبل القبض من ذمّةٍ فذاك غير مرضي
وإن يكن يقبض من أمانة فحالة الجواز مستبانه

جميع ما اشتملت عليه الأبيات الخمس، هو ممّا اندرج في قوله: قبل: وهو كمثل البيع، إلى أن قال: فجائزٌ في البيع جاز مطلقا فيه وما اتّقي بيعًا يتّقى وقد اشتملت على مسائل: الأولى - من لك عليه طعامٌ من قرضٍ، أو وديعة، أو هبة فصالحته بطعامٍ آخر إلى أجلٍ، فإنّ ذلك لا يجوز؛ (لأنّه طعامٌ بطعامٍ) إلى أجلٍ، وفسخ دينٍ في دين، وأمّا لو كان الطّعام الّذي لك على الغريم من بيعٍ فلا يجوز أن تأخذ عنه غيره، لا طعامًا ولا غيره لا نقدًا ولا إلى أجلٍ؛ لأنّه بيع الطّعام قبل قبضه، وفسخ دينٍ في دينٍ، قال ابن أبي زمنين في منتخبه: قال ابن عبد الحكم: وسألت مطرّفًا وابن الماجشون عن الصّلح يقع بما لا يجوز التّبايع به. مثل الرّجل يدّعي على الرّجل شعيرًا، فيصالحه بقمحٍ إلى أجلٍ فقال: لا يجوز

العويصة. قوله: **(انظر بيان ذلك في التوضيح)** مثال ما هو جائز على الأوجه الثلاثة أن يدعي عليه بدينار حال فينكره فيصالحه على ثوب نقدًا فهو جائز على دعوى المدعي، وعلى دعوى المدعى عليه، وعلى ظاهر الحكم، ومثال ما يجوز على دعوى المدعى عليه أن يدعي عليه المدعي بعشرة دنانير مؤجلة فيصالحه على ثلاثين درهمًا حالة لأن المدعى عليه يقول: افتديت من يميني، وعلى دعوى المدعي لا يجوز لأنه صرف مستأخر أقرّ به المدعي، ومثال ما يجوز على دعواهما، وظاهر الحكم يأباها إذا ادعى عليه عشرة دنانير حالة فصالحه على تأخيرها شهرًا فالمدعي يقول: أخّرت فأحسنت، والمدعى عليه يقول: افتديت من يميني، وظاهر الحكم فيه سلف جر نفعًا لأن التأخير سلف، والنفع خوف المدعي حلف المدعى عليه فيذهب المال أصلاً، ومثال ما لا يجوز بالكلية أن يدعي عليه طعامًا من بيع وعشرة دنانير فيقوله بالدنانير فيصالحه على دراهم مؤخرة أو على دنانير أكثر للسلف بزيادة والصرف المستأخر أو يقرّ بالطعام فيصالحه على طعام أكثر مؤجلاً إلخ. قوله: **(لأنه طعام بطعام إلخ)** ظاهره ولو كان وسقًا بوسق مع اختلاف الصفة كما يأتي في

الصّلح بما ذكرت؛ لأنّه حرامٌ صراحٌ، والصّلح به مفسوخٌ إن عثر عليه قبل أن يفوت، فإن فات قبل الفسخ؛ صحّح بالقيمة على قابضه، كما يصحّح البيع الحرام إذا فات، ثمّ يرجع على صاحبه في دعواه الأولى، إلاّ أن يصلحا صلحًا آخر بما يجوز به الصّلح اهـ، ومفهوم قول ابن أبي زمنين: فصالحه بقمحٍ إلى أجلٍ أنّه لو صالحه بقمحٍ عجّله له جاز وهو كذلك، لكن إن كان كمثل الشّعير في الكيل، وهذا أيضًا إذا كان الشّعير ترتّب من قرضٍ، أو هبةٍ، أو وديعة، أو نحوها، وأمّا إن ترتّب من شراء، (فإن قلنا المخالفة في الصّنف كالمخالفة في الجنس) لم يجز، لأنّه بيع الطّعام قبل قبضه، وإن قلنا: ليس كالمخالف في الجنس جاز والله أعلم. وتذكّر قوله في بيوع الآجال، وهل غير صنف طعامه كقمحٍ وشعيرٍ مخالفٌ، أو لا تردّد؟ وإلى هذا الفرع أشار بالبيت الأوّل فقوله: نسيئةً حالٌ من المطعوم الأوّل، وفي الدّاخلة على المطعوم الثّاني بمعنى عن، وجملة ردّ خبر الصّلح، ومعنى قوله: على العموم أي سواءٌ كان من جنسين، كقول مؤخّرٍ عن قمحٍ، أو جنسٍ واحد مختلف الصّنف متّفق القدر، كقمحٍ مؤخّرٍ عن شعيرٍ، أو من جنسٍ واحد وصنفٍ واحد، كقمحٍ مؤخّرٍ عن قمحٍ أقلّ منه أو أكثر، فهذه الوجوه ممنوعةٌ في البيع، فتمنع في الصّلح أيضًا، فالمنع في الوجه الأوّل والثّاني للنّساء فقط، وفي الثّالث للفضل والنّساء معًا، وأمّا أخذ قمحٍ مثلاً مؤخّرٍ عن قمحٍ مماثلٍ للأوّل في الصّفة والقدر، فليس بصلحٍ وإنّما هو اقتضاءٌ بعد تأجيلٍ. المسألة الثّانية: الوضع من الدّين على تعجيله. كأن يكون الدّين عشرةً إلى شهرٍ، فيقول: أعطني ثمانيةً نقدًا. فهذا ممنوعٌ في البيع، وكذلك في الصّلح، ولعلّه لا فرق بينهما إلاّ في تسميته بيعًا أو صلحًا، ووجه منعه أنّ من عجّل ما لم يجب عليه يعدّ مسلّفًا، فقد سلّف الآن ثمانيةً ليقتضي من نفسه عشرةً عند الأجل، فهو سلفٌ جرّ نفعًا، وكذلك تأخير الدّين للزّيادة فيه، كمن كان لك عليه عشرةٌ حلّت، فأخّرته شهرًا مثلاً ليعطيك أحد عشر، لأنّ من أخّر ما وجب له عدّ مسلّفًا، فقد سلّف لينتفع، وإلى هذين الوجهين أشار بقوله: والوضع من دين البيت قال في المفيد: والّذي لا يجوز الصّلح فيه الرّجل يكون له قبل الرّجل حقٌّ إلى أجلٍ، فيصالحه على أن يدفع إليه بعضه قبل انقضاء الأجل، ويحطّ عنه بعضه فهذا لا يجوز اهـ. وفي الرّسالة: وكان ربا الجاهليّة في الدّيون إمّا أن يقضيه، وإمّا أن يربي له فيه، ثمّ قال: ولا تجوز الوضيعة من الدّين على تعجيله، ولا التّأخير به على الزّيادة فيه، وإلى هذا الفرع أشار بالبيت الثّاني. المسألة الثّالثة: الجمع بين البيع والسّلف. فكما يمتنع في باب البيوع يمتنع في باب الصّلح قال الشّارح: ومثال البيع والسّلف في الصّلح أن يكون للغريم قبل غريمه دينارٌ، وهو له منكرٌ أو به مقرٌّ، فيصطلحان على أن

كلامه ما يدل عليه وهو كذلك. وقوله: **(فإن قلنا المخالفة في الصنف كالمخالفة في الجنس إلخ)** الذي نعرفه أنها كهي وما في بيوع الآجال إنما هو من باب التهم لا من هذا الباب، وكلام هذا الشارح هنا صحيح وإن كان كثيراً.

يأخذ منه عرضًا بنصف دينار، ويؤخّره بالنّصف الباقي إلى أجل، فقد اجتمع البيع والسّلف، لأنّ العرض مبيعٌ بنصف دينار، والنّصف الآخر من الدّينار سلفٌ إلى الأجل الّذي أخّره إليه اهـ. وإلى هذا أشار بقوله: والجمع في الصّلح لبيعٍ وسلف المسألة الرّابعة: الصّلح بما فيه غررٌ. كالعبد الآبق، والبعير الشّارد، فكما يمتنع بيع ذلك يمتنع الصّلح به، وإليه أشار بقوله: وما أبان غررًا بذا اتّصف المسألة الخامسة: أن يصالح عن دينٍ في ذمّته، بطعامٍ لم يقبضه من ذمّة من هو في ذمّته، فكما لا يجوز بيع الطّعام قبل قبضه، كذلك لا يجوز الصّلح به، وأمّا إن كان الطّعام المصالح به من قرضٍ، أو هبةٍ ونحوهما؛ فيجوز الصّلح به قبل قبضه قال في المقرّب: في باب ما يجوز من مصالحة الورثة لزوج المتوفّى وما لا يجوز ما نصّه قلت: فإن كان الطّعام من سلمٍ فقال: لا يجوز أن يصالحوها - يعني الزّوجة - بشيءٍ، على أن يكون الطّعام لهم؛ لأنّه بيع الطّعام قبل قبضه، وفيه في جامع الصّلح قلت: فمن كان له على رجلٍ إردبّ حنطة، وعشرة دراهم، فصالحه من ذلك على أحد عشر درهمًا أيجوز هذا؟ قال: نعم، إذا كان الطّعام من قرضٍ اهـ. وإلى هذا أشار بقوله: والصّلح بالطعام قبل القبض البيتين وقوله: من أمانه هو تصريحٌ بمفهوم قوله: من ذمّة والوضع مبتدأٌ، والمزيد والجمع وما أبان معطوفاتٌ عليه، وجملة اتّصف بذا خبر الوضع، وما عطف عليه، والإشارة بذا لردّ الصّلح المتقدّم في قوله: ردّ على العموم.

فصل

وللأب الصلح على المحجور ولو بدون حقّه المأثور

إن خشي الفوت على جميع ما هو به يطلب من قد خصما

والبكر وحدها تخصّ هاهنا بعفوه عن مهرها قبل البنا

يعني أنّه يجوز للأب أن يصالح عن ولده المحجور، ذكرًا كان الولد أو أنثى، بحقّه الواجب له فأكثر ولا إشكال (كأن يكون لولده) عرضٌ على مدينٍ، فيصالحه الأب على عرضٍ آخر، يساوي قيمة العرض الّذي في الذّمّة أو أكثر، وكذا يجوز له أن يصالح عن ولده بأقلّ من حقّه، لكن بشرطٍ وهو أن يخشى فوات جميع الحقّ، فالصّلح ببعضه أولى من فوت جميعه، وتختصّ البكر بأنّه يجوز لأبيها العفو عن نصف صداقها؛ إن طلّقها

فصل

قوله: (كأن يكون لولده إلخ) هذا بيع، وقد قال في المختصر في فصل الحجر: وله البيع مطلقًا وإن لم يذكر سببه ثم وصيه وإن بعد، وهل كالأب أو إلاّ الرابع فبيان السبب خلاف، أي فهذا الصلح يجري على ما في الحجر في الأب وغيره وإن كان كلام الناظم في الأب، وأما

الزّوج قبل البناء، لقـوله تعالى: ﴿وإن طلّقتمـوهنّ من قبل أن تمسّـوهنّ﴾ إلى قوله: ﴿عقدة النّكاح﴾ [البقرة:٢٣٧] قال في طرر ابن عات: قـال جماعةٌ في تفـسير ﴿الّذي بيده عـقدة النّكاح﴾: هو الأب في ابنته الـبكر، منهم الزّهريّ وعلقمـة والحسن وطاوسٌ ومالكٌ، وأصـحابه وبه الفتـوى قال في المفيـد: وإذا صالح الرّجل على ابنتـه البكر ببعض حقّها من ميراث، أو صداق، أو غير ذلك، فإن كان حقّها عينًا، لا خصام فيه ولا دعوى، فلا يجوز صلحه عليها بأقلّ من حقّهـا، إذ لا ينظر في ذلك. فإن رفع رجعت بباقي حقّها على من هو لها عليه، ثمّ لا رجوع له على والدها، إلاّ أن يتـحمّل في ذلك ما يدركه من درك، فيكون هو المطلوب به في عسـره ويسره، ويتبعه بذلك غريم الابنـة، وإن كان غريمها عديمًا؛ طلبت والدها بـحقّها قـال مطرّفٌ وابن الماجشون، وهو قـول مالك وأصحـابه قال الشّارح: «والابن والبنت في هذا سـواءٌ، ولذلك أتى الشّيخ بلفظ المحجور الشّـامل لهما، وذكر ابن هشام البنت فقط، هو على وجه التّمثيل فقط، ولا تختصّ البنت إلاّ بجواز العفو عن نصف مهـرها قبل البناء كما تقـدّم، وإليه أشار النّاظم بالبيت الثّـالث وفي الطّرر: قال مالكٌ: ولا يجـوز لأحد أن يعـفو عن شيء من صـداقها يريد الـبكر إلاّ الأب وحده، لا وصيٌّ ولا غيره وفي ابن يونس: فأمّا قبل الطّلاق، فلا يجوز أن يضع من صداقها شيئًا.

(التّوضـيح وأجاز ابن القاسم) عـفو الوليّ قبل الطّلاق أيضًـا، ورأى أنّه إذا جاز ذلك لتحـصيل زوج في المسـتقبل، فـلا يجوز للزّوج الحـاصل لها الّذي لم يطلّقـها أولى ا هـ. والعفو قبل الطّلاق إمّا على شرط التّطليق، أو على بقاء العصمة لكن بشرط أن يترك لها ما يحلّ به النّكاح.

(وللوصيّ الصّلح) عـمّن قد حـجر ولا يجـــوز مع غـبنٍ أو ضـــرر

الصلح بأقل من حقّـه فذلك جائز حتى للوصي، قال في نوازل الـعيوب من المعيار أو بعـيدها ما نصّه: سئل ابن الفخار عن صلح الوصي عن الأيتام في يمين القضاء فأجاب: لا يجوز شيء حتى يرى غـريمه أنه يحلف، وإن ظهر له أن الغـريم لا يحلف فـلا يصالح إذ لعله لا يحلف ويـعرف عزيمته وعـدمها بقرائن الأحـوال والأمارات والكلام ونحو ذلك هذا لفظه، وكأن النـاظم إنما عبّر بالأب ليرتب العفو عن المهر إذ هو خاص، وإلاّ فالوصي يظهر أنه مثل الأب في الصلح.

قوله: **(التوضيح: وأجـاز ابن القاسم إلخ)** هذا قال فيه في المختصـر في فصل التفويض ما نصّه: وجاز عفواً في البكر نصف الصداق قبل الدخول وبعد الطلاق. ابن القاسم: وقبله لمصلحة وهل هو وفاق تـأويلان انظر شرح هذا إن شئت فـي المحل المذكور فإن فـيه زيادات إن احـتجت إليها.

وقول الناظم: **(وللوصي الصلح إلخ)** يظهر أنه لا فـرق، وأنه إذا ظهر غبن أو ضـرر فإن

يعني أنّه يجوز للوصيّ أن يصالح عن محجوره إذا كان نظراً للمحجور، فإن كان فيه غبنٌ ونقصٌ من حقّه، أو عليه فيه ضررٌ لم يجز. قال ابن رشد: وقعت هذه في بعض الرّوايات، وظاهرها أنّ الوصيّ يجوز صلحه عن اليتيم الّذي إلى نظره، فيما طلب له من الحقّ أو طولب به، في أن يأخذ بعض حقّه الّذي يطلب. من الغير، ويضع بعضه إذا خشي أن لا يصحّ له ما ادّعاه، وبأن يعطي من ماله بعض ما يطلب به، إذا خشي أن يثبت عليه جميع ما يطلب به اهـ. وفي أواخر السّفر الثّالث من المعيار، في صدر جواب لمؤلّفه في مسألة من الصّلح، سمّي جوابه المذكور تنبيه الطّالب الدّرّاك في الصّلح المنعقد بين ابن سعد، والحبّاك. قال: تحصيل صلح الوصيّ عن أيتامه ببعض الحقّ، بعد فرض سلامته من القوادح الفقهيّة والموانع الشّرعيّة، إنّه لا يخلو من وجهين أحدهما: أن يكون ممّا يطلب للمحجور، والثّاني: أن يكون ممّا يطلب به، فالأوّل لا يخلو من ثلاثة أوجه: الأوّل - أن يكون بعد ثبوت الحقّ لهم، بحيث لا خصام فيه ولا دعوى، والثّاني: - أن يكون قبل ثبوته في الحال، ولا يرجى ثبوته في المآل، والثّالث - أن يكون غير ثابت في الحال، لكن يرجى ثبوته في المآل، فالأوّل لا يجوز باتّفاق؛ لأنّه تبرّعٌ في مال المحجور، وهو ممنوعٌ عند الكافّة والجمهور، والثّاني: مشروعٌ، والثّالث: ممنوعٌ. وإن كان ممّا يطلب به، فلا يخلو أيضًا إمّا أن يكون الحقّ ثابتًا في الحال، أو ليس ثابتًا في الحال، ولا يرجى ثبوته في المآل، أو ليس ثابتًا في الحال، ولكن يرجى ثبوته في المآل، فالأوّل: يجوز صلحه عليه بمثل الحقّ فأقلّ، ولا يجوز بأكثر، والثّاني: وهو ما ليس بثابت في الحال، ولا يرجى ثبوته في المآل، فاختلف المذهب في إجارته ومنعه على قولين. والقول بالإجازة منهما هو قول ابن القاسم في سماع أصبغ، والمنع هو قول ابن الماجشون في واضحته وأحكامه، ثمّ قال: قلت والقولان متكافئان في نظر كثيرٍ من مشايخ المذهب، وصوّب بعض متأخّريهم قول ابن القاسم، واعتلّ له بأنّ فعل الوصيّ محمولٌ على النّظر، حتّى يثبت خلافه ا هـ كذا وجدت هذا الكلام في نسختين من المعيار، والغالب أنّه سقط بعضه وأصله، والثّاني وهو ما ليس بثابت في الحال، ولا يرجى ثبوته في المآل، فلا يجوز الصّلح فيه عنه بحال، وأمّا الثّالث - وهو ما ليس ثابتًا في الحال، ولكن يرجى ثبوته في المآل، فاختلف المذهب... إلخ، وهذا القسم هو المناسب لمحلّ الخلاف بسبب النّظر إلى الحال، والمآل، وهي قاعدةٌ من القواعد

الصلح لا يمضي في الأب والوصي بلا فرق، وذكرنا عند قول المتن: وله البيع مطلقًا أن الأب لا يبيع مال ابنه إلاّ على وجه النظر وإن كان لا يلزمه ذكر ذلك، وما ذكره هذا الشارح عن المعيار من التقسيم في الصلح عن الأيتام من الأوصياء يدل على ما ذكرناه والعلم عند الله تعالى. والحاصل أن صلح الأب والوصي عن المحجور يعمل فيه المصالح ما يعمله في الصلح عن نفسه، وهو إنما يعمل الصلح فيما يظهر له أنه هو الصواب له.

الشّرعيّة. قـوله: وللوصيّ يتعلّق بيجوز، والصّلح مبتدأٌ وعـمّن يتعلّق به، وجملة لا يجوز خبر الصّلح.

(ولا يجـــوز نقض صلحٍ أبـرمـــا) وإن تراضـيـــا وجـــبـــراً ألزمـــا

يعني أنّ المتخاصمين إذا وقع الصّلح بينهما على وجهٍ جائزٍ ثمّ أرادا الرّجوع إلى ما كانا عليه من الخصومة فإنّ ذلك لا يجوز ويجبران على التزام ما وقع بينهما من الصّلح قال ابن أبي زمنين في منتخبه: وسئل عيسى عن رجلين اصطلحا في شيءٍ تداعيـا فيه ثمّ أرادا أن ينقضا الصّلح ويرجعا إلى الدّعوى الأولى قال: هذا لا يجوز سحنونٌ: إن استحقّ ما قبض المدّعي في الصّلح على الإنكار فليرجع بقـيمة ما قبض أو مثله إن كـان يوجد له مثلٌ (ابن يونس) هذا هو الصّواب لا الرّجوع إلى الخصومة.

ويـنـقـض الـواقـع فـي الإنـكـار إن عـــاد مـنكرٌ إلـى الإقـــرار

يعني أنّ من ادّعى حقًّا على غـيره، فجحده وأنكره ثمّ صـالحه على الإنكار، ثمّ بعد ذلك أقرّ بما أنكر أوّلاً قـبل الصّلح فإنّ الصّلح ينقض ويلزمه غـرم ما بقي من حقّ المدّعي، وهذا الفرع ومـا يستطرد بعده من نظائره في مـعرض الاستثناء من قـوله: ولا يجوز نقض صلحٍ أبرما قال في الوثائق المجموعة: قال أحمـد بن سعيد سئل عيسى بن دينار عن رجلٍ له حقٌّ على رجلٍ فجحـده، فصالحه على الإنكار ببعض الحقّ، ثمّ أقـرّ بعد أنّ ما ادّعى به عليه حقٌّ فـقال عـيسى: يلزمه غـرم ما بقي من حقّ المدّعى وقـال لو أنّ لرجلٍ على رجلٍ وثيقةً بحقٍّ فضاعت فأنكر غريمه فـصالحه ببعض الحقّ ثمّ وجدها فله أن يرجع عليه بما بقي من حقّه ابن الحاجب: والصّلح على الإنكار وعلى الافتداء من اليمين جائزٌ حكمه ولا يحلّ

وقـول الناظم: **(ولا يجـوز نقض صـلح أبرمـا إلخ)** هذا هو قـول المخـتـصر في كـتـاب الاستحقاق، وإن صالـح فاستحق ما بيد مدعيه رجع في مقـر به لم يفت وإلاّ ففي عوضه كإنكار على الأرجح لا إلى الخصومة، وما بيد المدعى عليه ففي الإنكار يرجع بما دفع وإلاّ فبقيمته، وفي الإقرار لا يرجع بشيء، فقـوله: لا إلى الخصومة هو عـدم نقض الصلح، ولكن في ذلك خلاف قوي أي في الرجـوع إلى الخصـومة بعـد الصلح، قف عليه إن شـئت في الشرح، وقـد قال ابن يونس في ديوانه ما نصّه: وتحصيل هذا الاختـلاف أنه لا خلاف إذا استحق ما بيد المدعي والصلح على الإقرار أنه يرجع في شيئه أو قـيمته أو مثله إن فات كالبيع، وإن اسـتحق ما بيد المدعى عليه فقيل يـرجع بما دفع وقيل لا يرجع، وإن كان الصلح على الإنكار فـاستحق ما أخذ المدعـي فقيل يرجع بقيمـة ما قبض ومثله، وقـيل يرجع إلى الخصومة، وإن اسـتحق ما بيد المدعى عليـه فقيل يرجع عليه بما دفع إليه وقيل لا يرجع بشيء، وقيل إن اسـتحق بحضرة الصلح رجع وإن كان بعد الطول الكثير لم يرجع اهـ. بلفظه. فانظر قوله وقيل يرجع إلى الخصومة إنما ذكره في الإنكار.

للظّالم منهما فلو أقرّ بعد ذلك فله نقضـه لأنّه مغلوبٌ، ثمّ قال في التّوضيح في شرح قوله وإن أشهد سرًّا فقولان: وهنا ثمان مسائل أربـعٌ متّفقٌ عليها أي على نقض الصّلح في ثلاثة منها وعلى إمضائه في الرّابعة، وأربعٌ مختلفٌ فيـها. فأمّا المتّفق عليها، فالأولى: إن كانت له بيّنةٌ غائبةٌ وأشـهد وأعلن، والثّانية: إذا صالح على الإنكار ثمّ أقرّ، والثّـالثة: إذا صالح على الإنكار وذكر ضياع صكّه أي وثيقته ثمّ وجده بعد الصّلح فهذه الثّلاثة اتّفقوا فيها على القبـول، والرّابعة: إذا ضـاع صكّه فقال له غـريمه: حقّك حقٌّ فأت بـالصّكّ فامحـه وخذ حقّك. فـقال: قد ضـاع وأنا أصالحك فـفعل ثمّ يجد ذكـر الحقّ فلا رجـوع له باتّفاق ابن يونس: والفرق بين هذه والّتي قـبلها أنّ غريمه في هذه معـترفٌ وإنّما طالبه بإحـضار صكّه ليمحو ما فيه، فقد رضي هذا بإسقـاطه واستعجال حقّه، والأوّل منكرٌ للحقّ وقد أشهد أنّه إنّما صالحه لضياع صكّه فهو كإشهاده أنّه إنّما يصـالحه لغيبة بيّنته، وأمّا الأربع المختلف فيها فهي: إذا كانت بيّنته غـائبةً وأشهد سرًّا كما ذكر. والثّانيـة: إذا صالح ولم يعلم ببيّنته، ثمّ علم والمشهور فيها القبول كما تقدّم، والثّالثة: إذا صالح وهو عالمٌ ببيّنته، وتقدّم أنّ المشهور فيها عـدم القبول، والرّابعة: من يقرّ في السّـرّ ويجحد في العلانية فصـالحه غريمه على أن يؤخّره سنةً وأشهد الطّالـب أنّه إنّما يصالحه لغيـبة بيّنته فإذا قدمت قام بها، فقيل ذلك له إذا علم أنّه كان يطلبه وهو يجحده، وقيل ليس له ذلك خليلٌ: وأفتى بعض أشياخ شيخي بأنّ ذلك له لضرورةٍ وهو قول سحنونٍ والآخر لمطرّفٍ، وهـذه المسألة تسمّى إيداع الشّهادة واللّه أعلم اهـ.

وإلى هذه المسائل الثّمان (أشار الشّيخ خليلٌ في مـختصره) بقوله: فـلو أقرّ بعده، أو شهدت بيّنةٌ لم يعلمها، أو أشهد، وأعلن أنّه يقوم بها، أو وجد وثيقته بعده فله نقضه كمن لم يعلن، أو يقرّ سرًّا فقط على الأحسن لا إن علم ببيّنته ولم يشهد أو ادّعى ضياع الصّكّ فقيل له حقّك ثابتٌ فأت فصالح ثمّ وجده ا هـ. والمسألة الأولى في المختصر هي الثّانية في التّوضيح، والثّانية فـيه هي الثّانية من الأربع الأخيرة في التّوضيح، والـثّالثة فيه هي الأولى

قوله: (أشار الشيخ خليل في مختصره) بقوله: فلو أقرّ بعده أو شـهدت بينة لم يعلمها أو أشهـد وأعلن أنه يقوم بها أو وجـد وثيقتـه بعده فله نقضـه كمن لم يعلن أو يقرّ سـرًّا فقط على الأحسن، لا إن علم ببينته ولم يـشهد أو ادعى ضياع الصك فقيل له حـقك ثابت فأت به فصالح ثم وجده اهـ. فقوله: فلو أقرّ بعده أي الصلح. وفهم من قولهم أقرّ بعده أنه كان قبله منكرًا وهو صورة الفرع، وقوله: أو شهدت بينة هذا هو المذهب وهو مذهب المدونة وظاهر الأنقال فيها كانت حاضرة بالبلد أم لا، لأن المدار على عـدم العلم وقد علم، وقوله: أو أشهـد وأعلن أنه يقوم بها هذا في الغائبة جدًّا إذ القـريبة كالحاضرة والمتيطي لم يذكر لفظ جـدًّا ولكن ذكره غيره، وذلك أن الحاضرة وما في حكمها إذا علمها فلا قيـام بها أسقطها أم لا، لأنها إذا علمت فلا معنى للإشهاد بالقيام بها لأن المدار على كون المصالح في حكم المغلوب فالقرينة ظاهرة ودالة على المراد، وقوله:

في التّوضيح، والرّابعة هي الثّالثة في التّـوضيح، والخامسة هي الأولى من الأربع الأخيرة، والسّادسة هي الرّابعة من الأربع الأخيرة، والسّابعـة هي الثّالثة من الأربع الأخيرة، والثّامنة هي الرّابعة من الأربع الأولى. وقـوله في آخر كلام الـتّوضيح: وهذه المسـألة تسمّى إيداع الشّهـادة قلت: هي الّتي تسـمّى في عرفنا الاسـترعـاء، وهي أن يكون الحقّ على ظالم لا ينتصف منه ولا تناله الأحكام فيـخاف صاحب الحقّ أن يطول الزّمان ويضيع حقّه، فـيشهد سرّاً وخفيةً أنّه عـلى حقّه غير تارك له وأنّه يقوم به متى أمكنه ذلك وقد أشـبع الكلام فيها صـاحب المعـيـار في نوازل الصّلح عـن الإمـام أبي الحـسن عليّ بن عـثـمـان بن عطيّـة الونشريسيّ، لمّا سئل عن قـول ابن الحاجب آخر الصّلح: فإن أشهد سرًّا فـقولان فعليك به إن تعلّق لك به غرضٌ فإنّه كثير الوقوع لا سيّما في هذا الزّمان:

إن طال هذا ولم يحـدث له غـيـرٌ لم يبـك مـيتٌ ولـم يفـرح بمولود

وقد نقلنـا منه جملةً صالحـةً في شرحنا المسـمى بفتح العليم الخـلاق في شرح لاميّة الزّقّاق في شرح قوله في آخرها: ولا تكتبن طوعًا بعيبٍ بمركبِ الأبيات الثّلاثة.

والتّـركـات مـا تكون الصّـلح مع عـلم مـقـدارٍ لـهـا يـصحّ

يعني أنّ التّركة يصحّ ويجوز فيها الصّلح أي: سواءٌ كانت عينًا، أو عرضًا، أو حيوانًا، أو طعامًـا، أو ملقةً من البـعض، أو الكلّ أو غيـر ذلك، لكن بشرط علم مـقدارها لما في الصّلح مع جهل مـقدارها من الغرر الّذي منع منه الشّارح في أبواب المعـاوضات، (ثمّ نقل الشّارح) جـواب الإمام أبي سعيـد بن لبٍّ عن صلحٍ في تركةٍ وقع فيه جـهلٌ وغبنٌ. قال: فأمّا الجهل فقد قال أهل الوثائق: إذا سقط من العقد ذكر معرفة القدر وادّعى أحد المتعاقدين الجهل لم يصدّق ولا يمين له على صاحبـه في وجهٍ من الوجوه إلاّ في وجه واحد، وهو أن يدّعي أنّ صاحبه كان عالمًا بجهله، فيجب له اليمينُ على صاحبه أنّه ما علمَ بجهلِه إذا أنكر

أو وجد وثيقتـه أي وقد ذكر ضياعهـا عند صلحه ثم وجدها بعده وكأن هذا القيـد يفهم من قول المتن أو ادعى ضياع الصك لأن المسألتين كالمسألة الواحدة في الجملة ولذلك احتيج للتفرقة كما في ابن يونس وغيره. وقـوله: كمن لم يعلن الأولى أن قوله على الأحسن راجع لمـا يليه فقط، وفي كلام ابن غازي شيء انظره في الشرح. وقـوله: أو يقرّ يتعين حمله على مضمـون قول ابن عرفة ولو صالحه على تأخيره سنة إلخ هذا هو الحق في تقرير هذه المسائل إن شاء الله تعالى، ولكن قف على ما يبينها غـاية في الشرح إن شاء الله تعالى، وقف فيه على مسائل حـسان يطول بنا جلبها، وعلى أدلة هذه المسائل المذكورة في المتن فإنها محتاج إليها غاية.

قوله: **(ثم نقل الشارح إلخ)** هذا ذكره الناس عند مضمون قول المخـتصر: وجهل بمثمون أو ثمن وهناك ذكره مستوفى.

ذلك فإن حلف تمّ العقد، وإن نكل وردّ اليمين على الآخـر حلف لقد كان جاهلاً بما خرج عنه وفسخ العقد إن شاء هذا مع عدم ثبـوت جهله بقدر ذلك، أمّا لو ثبت ذلك أو اعترف به الخصم لثبت الخيـار للجاهل في الفسخ، فإن اعترف الخصم أنّه كان عـالمًا بجهل صاحبه عند العقد وجب الفسخ بكلّ حالٍ لفساده حينئذٍ. وأمّـا القيام بالغبن فما فيه معلومٌ فليراجع في محلّه والله أعلم.

(ولا يجـوز الصّلح باقـتـسـام مـا) في ذمّـــةٍ وإن أقــرّ الـغــرمـــا

والزّرع قـــبــل ذروه والثّـــمـــر مـــا دام مـبـقّى في رءوس الشّـجـر

ولا بـــإعـــطـــاءٍ مـــن الــورّاث للـعين فـي الكـالئ والمـيـــراث

وحـــــيـــث لا عينٌ ولا ديـنٌ ولا كـــالـئٍ ســـاغ مـــا من إرثٍ بذلا

اشتملت الأبيات على أربع مسـائل ثلاثة ممنوعة وواحدة جائزة. الأولى: من الثّلاث: إذا كانت التّركـة ديونًا على أناسٍ شتّى فلا يجوز للورثة قـسـم تلك الدّيون بأن يخرج واحدٌ بغريمٍ وآخر بغريمٍ آخـر وهكذا. وإن حضر الغرماء وأقرّوا بالدّين تبـقى الدّيون بينهم فمتى اقتضوا منها شيئًا اقتسموه. ولا تقسم الذّمم وفي الأثر النّهي عن الذّمّة بالذّمّة (ومن اقتضى منهم شيئًا) من ذلك أو صالح عن نصيبه منه دخل معه سائر الورثة في ذلك إلاّ أن يسلّموا له فعله أو من شاء منهم ويتـبعون الغريم بحصصهم. كـذا نقل الشّارح عن المتيطيّ، وإلى هذا أشـار النّاظم بالبيت الأوّل بقـوله: في ذمّة كـأنّه أراد الجنس بدليل صـيغة الجـمع في الغرماء، وأبين منه أن لو قال بذمم وإن أقرّ الغرما. (الثّانية قسم الزّرع) قبل ذروه والثّمر في رءوس الشّجر قـبل جذاذه، فإنّ ذلك لا يجوز لما فـيه من الغرر والمخاطرة من غـير ضرورة

وقول الناظم: **(ولا يجوز الصلح باقتـسام ما إلخ)** هذا ذكروه في باب القسمة، وذكرناه في بابها عند قول المختـصر: وأخذ وارث غرضًـا إلخ. وأما قسم على مدين واحد فـذلك جائز ذكره ابن عرفة وغيره، كلام الأجهوري في اعـتراضه على ابن عرفة لا يصحّ، وتكلمنا على ذلك صدر باب القسمة.

قوله: **(ومن اقتضى منهم شيئًا)** هذا ذكره في المختصر في كتاب الصلح كما في التحفة وهو قوله: وإن صالح أحد وليس إلى آخـر تلك المسائل. قوله: **(الثانيـة قسم الزرع إلخ)** هذه قسمة محضة لا ذكر للصلح فيها وهو قد قال ما نصّه: فقوله والزرع هو بالخفض عطف على ما مدخول الاقتسام إلخ، والناظم قال: ولا يجوز الصلح باقتـسام ما إلخ، والباب باب القسمة وهذا الشارح تابع لابن الناظم، وكأنهـم رأوا الشركة على الإشاعـة في الشيء إن قسمـه مصالحـة في الجملة، والمختصـر ساق المسألة في باب القسمـة حيث قال: وثمر أو زرع إن لم يجـذاه إلخ عاطفًا لذلك على ما يمنع.

تدعو إلى ذلك. (قال المتيطيّ) بأثر النّقل المتقدّم عنه: وكذلك إذا ورثوا زرعًا، وأرضًا، وشجرًا فيها ثمارٌ، ثمّ لم يقسموا الأرض، وأصول الشّجر ويبقى الزّرع والثّمر بينهم على مواريثهم حتّى يصفّى الزّرع ويصير حبًا وتجنى الثّمرة فيقتسمون ذلك كيلاً، ولا يجوز اقتسامهم الزّرع فدادين ولا قتًا ولا حزمًا ولا الثّمر في الشّجر وهو في المزابنة، فإن اقتسموا ذلك جهلاً ثمّ عثر عليه فسخ، فإن نزلت جائحةٌ فيها قبضه أحدهم فهي من جميعهم، ويكون جميع السّالم من الجائحة[٥٠] من ثمرٍ أو زرعٍ بينهم ا هـ. محلّ الحاجة منه. وإلى هذا أشار النّاظم بقوله: والزّرع قبل ذروه البيت، فقوله: والزّرع هو بالخفض عطف على مدخول الاقتسام، والثّمر عطف على الزّرع ومبقّى بضمٍّ فسكون خبر ما دام. الثّالثة: إعطاء الوارث عينًا للزّوجة في كالئ صداقها وميراثها من زوجها، فإنّ ذلك لا يجوز أيضًا للجهل بما بقي من التّركة بعد بيع ما يقضى به الدّين منها؛ لأنّ الدّين مقدّمٌ على الميراث. قال المتيطيّ: ولا يجوز أن ينعقد الصّلح بدنانير أو دراهم في صفقة واحدة على الكالئ والميراث؛ لأنّ الجهل يدخله إذ لا ميراث إلاّ بعد الدّين، والكالئ من الدّين، وينبغي أن يباع من التّركة بقدر الدّين ويؤدّى ويعرف ما بقي بعد ذلك، ويقع الصّلح على نصيبها منه، ولعلّه يباع في الكالئ ثلث العقار أو ربعه أو سدسه أو من العبيد أو من الإماء والوطاء وغير ذلك ممّا يذهب بأكثر المال فلا يدري كم يباع في الدّين من التّركة. فإذا لم يعرف وقع الجهل في نصيبها من الباقي، والصّلح في ذلك مجهولٌ، والصّلح بيعٌ من البيوع. وهكذا نقل عن أشهب وقاله ابن العطّار، وابن زرب، وفضل بن سلمة، وغيرهم من الموثّقين ا هـ. وإلى هذا أشار النّاظم بقوله: ولا بإعطاء من الوارث البيت، فقوله: ولا بإعطاء هو معطوفٌ على قوله: باقتسام ومن الوارث متعلّقٌ بإعطاء، ومعنى في الكالئ والميراث أي في مقابلتهما معًا. المسألة الرّابعة: الجائزة إذا لم يكن في التّركة عينٌ ولا دينٌ على هالكها ولا كالئ لزوجته عليه، وهو من جملة الدّين فيجوز أن تصالح بدنانير أو دراهم أو غير ذلك لخلوّ المسألة عن الموانع الشّرعيّة. وعلى ذلك نبّه بقوله وحيث لا عينٌ ولا دينٌ ولا كالئ البيت.

(تتميمٌ) ممّا يناسب المسألة الثّالثة المتقدّمة آنفًا مسائل في المدوّنة نقلها الإمام الموّاق على قول الشّيخ خليلٍ: وعن إرث زوجة من عرضٍ، وورقٍ، وذهبٍ بذهبٍ من التّركة قدر مورثها منه، فأقلّ إلى قوله: وإن كان فيها دينٌ فكبيعه رأيت إثباتها هنا تتميمًا للفائدة وإن

قوله: (تتميم إلخ) هذه المسألة أشار لها في المختصر بقوله عاطفًا على الجائز وعن إرث زوجة من عرض وورق وذهب بذهب من التركة قدر مورثها منه فأقل أو أكثر إن قلّت الدراهم لا من غيرها مطلقًا إلاّ بعرض إن عرفا جميعها حضر وأقرّ المدين وحضر وعن دراهم وعرض تركا بذهب كبيع وصرف وإن كان فيها دين فكبيعة اهـ. وابن يونس هنا كلامه كثير وحاصله مهما كان

(٥٠) الجائحة: الهلاك.

كان فيها طولٌ فيغتفر لامتحان ذهن الطّالب بها، ورفع توهّم منع ما هو منها جائزٌ وجواز ما هو ممنوعٌ، وبيان وجه ما هو الجائز منهـا والممنوع. قال - رحمه الله -: من المدوّنة قال ابن القاسم: من مات عن ولدٍ وزوجةٍ وترك دنانير، ودراهم، وعروضًا حاضرةً وغائبةً، وعقارًا، فصالح الولد الزّوجةً على دراهم من التّركة. فإن كانت قدر مورثها من الدّراهم فأقلّ جاز، وإن كانت أكثر لم يجز؛ لأنّها باعت عروضًا حاضرةً وغائبةً ودنانير بدراهم نقدًا وذلك حرامٌ ا هـ. فإن كانت الدّراهم ثمانين فصالحها بعشرة دراهم فقد أخذت واجبها منه، وهو عشرةٌ وسلمت في واجبها من غيرها من الدّنانير والعروض. وكذا إن صالحها بثمانية دراهم فقد تركت من حقّها من الدّراهم درهمين وتركت جميع حقّها من الدّنانير والعروض ولا محذور في ذلك، وإن صالحها بأكثر من حقّها من الدّراهم لم يجز كما بيّن وجهه بقوله: لأنّها باعت عروضًا... إلخ ولا يجوز النّقد بشرط في بيع الغائب إلاّ أن يقرب مكانه أو يكون ممّا يؤمن تغيّره، وفيه أيضًا اجتماع البيع والصّرف؛ لأنّ ما زاد من الدّراهم على واجبها منها بعضه في مقابلة الذّهب وهو صرفٌ، وبعضه في مقابلة العروض الحاضرة والغائبة، وهو بيعٌ يريد إلاّ أن تكون الدّراهم الزّائدة على نصيبها يسيرةً أقلّ من صرف دينارٍ فتنتفي علّة اجتماع البيع والصّرف في أكثر من الدّينار. ثمّ قال في المدوّنة إثر ما تقدّم: وإن صالحها الولد على دنانير أو دراهم من غير التّركة قلّت أو كثرت لم يجز لأنّها باعت ذهبًا وفضّةً وعروضًا بذهبٍ أو فضّةٍ؛ لأنّ القاعدة أنّه إذا بيع الذّهب بالذّهب أو الفضّة بالفضّة لم يجز أن يكون معً أحد العوضين أو معهما عروضٌ لفوات التّماثيل في الوجهين الأوّلين ولاجتماع البيع والصّرف في الوجه الثّالث. ثمّ قال في المدوّنة إثر ما تقدّم: فأمّا على عروضٍ من ماله نقدًا فذلك جائزٌ بعد معرفتهما بجميع التّركة، وحضور أصنافها وحضور من عليه العرض، وإقراره به يريد، والعرض الّذي أعطاها نقدًا مخالفٌ للعروض الّتي على الغرماء قال: فإن لم يقفا على معرفة ذلك كلّه لم يجز. انظر قوله بعد معرفتهما بجميع التّركة إلخ. فإن جهلا أو أحدهما فبين الوجهين فرقٌ ا هـ. وانظر إذا صالحها بعرضٍ من التّركة مع وجود الشّروط الّتي ذكر من معرفتهما بجميع التّركة إلخ، فإنّ ذلك جائزٌ والله أعلم. قال ابن عرفة: صلحٌ لوارث بقدر حظّه من صنف ما أخذه واضحٌ؛ لأنّه لما سواه واهبٌ، وبزائد عن حظّه فيه بائعٌ حظّه في غيره بالزّائد فيعتبر البيع والصّرف وتعجيل قبض ما معه وشرط بيع الدّين بحضور المدين وإقراره. وعبارة المدوّنة إن ترك دنانير ودراهم وعروضًا وذلك كلّه حاضرٌ لا دين فيه ولا شيء غائبٌ فصالحها الولد على دنانير من التّركة يريد أكثر من حظّها من الدّنانير فذلك جائزٌ إن كانت الدّراهم يسيرةً. اللّخميّ: يعني إذا كانت الدّنانير في المسألة المذكورة ثمانين فأعطى الولد للزّوجة عشرة دنانير من تلك

الدين من أحد النقدين فلا يصالح عليه بنقد من عنده، ومن غير ذلك وغير طعام البيع يجوز بنقد من عنده مع حضور المدين وإقراره ووصف ذلك.

الدّنانير فـأقلّ جاز، واختلف إذا أعطوها العـشرة من أموالهم فمنعـه ابن القاسم ورآه ربًا، وكأنّها باعت نصيبها من الدّنانيـر والدّراهم والعروض بهذه العشرة. وإن أخذت من الدّنانير الّتي خلّفها المـيّت أحد عشر دينارًا جاز؛ لأنّ صـرفًا وبيعًا في دينار واحـد جائزٌ ا هـ. بيان وجه جوازه أنّ العشـرة دنانير هي واجبها في الثّمانين دينارًا، أو الدّينار الحادي عـشر بعضه في مقـابلة واجبـها في العـروض، وهو بيعٌ وبعضـه في مقـابلة واجبهـا من الدّراهم وهو صرفٌ، فقد اجـتمع البيع والصّرف في دينارٍ واحد وهو الحادي عـشر وهو جائزٌ. ثمّ قال: ومن المدوّنة قال ابن القاسم وإن ترك دراهم وعروضًا فصالحها الولد على دنانير من ماله فإن كانت الدّراهم يسيرةً حظّها منهـا أقلّ من صرف دينارٍ جاز إن لم يكن في التّركة دينٌ، وإن كان حظّها منها صـرف دينارٍ فأكثر لم يجز ا هـ. فقـوله: أقلّ من صرف دينارٍ جاز. وجه جوازه أنّ أحد الدّنانير المصالح بها بعضه في مـقابلة واجبها من الدّرهم وهو صرفٌ وبعضه مع بقيّة الدّنانير المصالح بها في مقـابلة العروض. وهو بيعٌ فاجتمع البيع والصّرف في دينارٍ واحد وهو جائزٌ. وقوله: وإن كان في حظّها صرف دينارٍ فأكثر لم يجز. وجه منعه أنّه كان في حظّهـا من الدّراهم صرف ديـنارٍ فقط، كـان دينارٌ صرفًـا بواجـبهـا من الدّراهم وباقي الدّنانير في مقابلة العروض: وهو بيعٌ فلم يجتمـعا في دينارٍ واحد وكذلك إن كان واجبها من الدّراهم صرفَ دينارٍ ونصف مثلاً فإنّ النّصف الباقي من الدّينار وباقي الدّنانير في مقابلة العروض فلم يجتمعا في دينارٍ واحد. وكذا إن كان واجبها صرف دينارين فأكثر ثمّ قال من المدوّنة: وإذا كان في التّـركة دينٌ من دنانير أو دراهم لم يجـز الصّلح على دنانير أو دراهم نقدًا من عند الولد، وإن كان الدّين حيوانًا أو عروضًا، من بيعٍ أو قرضٍ أو طعامًا من قرضٍ لا من سلمٍ فصالحـها الولد من ذلك على دنانير أو دراهم عجّلها لهـا من عنده فذلك جائزٌ إذا كان الغرماء حضورًا مقرّين ووصف ذلك كلّه ا هـ قوله: «لم يجز الصّلح على دنانير». وجه منعه أنّه اشترى دنانيـر نقدًا بدنانير إلى أجلٍ أو دراهم نقدًا بدراهم إلى أجلٍ، وقوله: وإن كان الدّين حيوانـًا أو عروضًا إلى قوله: فذلك جائزٌ. وجه جـوازه أنّه اشترى دينًا من عروضٍ، أو طعـامٍ في ذمّة المدين بدنانـير، أو دراهم معـجّلة ولا محـذور فيـه إلاّ إن كان الطّعام من بيع، فـلا يجوز بيعـه قبل قبـضه. فلذلك قال: من قـرضٍ لا من سلمٍ، وكذا

وقول الناظم: **(وإن يفت إلخ)** هذا قال فيه في المختصر: وإن صالح بمؤخر عن مستهلك لم يجز إلاّ بدراهم كقيـمته فأقل أو ذهب كذلك وهو ممّا يباع به اهـ. والمسألة مـبنية على أمور تعرف من المختصر وغيره منها أن من اسـتهل عرضًا فعليه قيمته، وإذا وجبت قيمـته على مستهلكه فهي دين لأن الدين يشمل الحال وغيره إذ الدين ما يكون في الذمّـة، وقد قال في المختصر: وعن دين بما يباع به وشـرط معرفة المصـالح عنه يؤخذ من قوله المصلح على غـير المدعي بيع إلخ، وهنا لا يصالح عن القـيمة إلاّ بعد معـرفتها، وقـد علم أن المقوم به ما جرت عـادة الناس بالبيع به، وإن أردت الاستيفاء فعليك بالشرح لكلام المختصر المذكور.

يشترط في جوازه حضور الغرماء، وإقرارهم وصف المبيع على قاعدة بيع الدّين والله أعلم. :

قال - رحمه الله تعالى -

(وإن يفت) ما الصّلح فيه يطلب لم يجز إلاّ مع قبضٍ يجب

يعني أنّ من ادّعى على غيره أنّه غصبه، أو سرق له ثوبًا، أو عبدًا، أو دابّةً، أو غير ذلك، وفات ذلك بيد الغاصب أو السّارق بموتٍ أو تغيّرٍ يوجب عليه القيمة أنّه لا يجوز أن يصالح عنه إلاّ بمعجّلٍ لأنّه بنفس الفوات وجبت القيمة فلا تفسخ في مؤخّرٍ. ومفهومه أنّه إذا كان قائمًا لم يفت فإنّه يجوز الصّلح بمعجّلٍ وبمؤجّلٍ؛ لأنّه كالبيع وهو يجوز بالمؤجّل والمعجّل. قال في المدوّنة: وإذا ادّعى رجلٌ على رجلٍ آخر أنّه غصبه ثوبًا أو عبدًا أو ما أشبه ذلك والعبد والثّوب قائمًا فيجوز أن يصالحه بدنانير أو دراهم أو بعرضٍ من غير صنفه ويؤخّر ذلك ولا يتعجّله وهو كالبيع سواءً، فإن كان المدّعى فيه فائتًا لم يجز الصّلح إلاّ بما يتعجّل قبضه مكانه؛ لأنّه قيمة الشّيء المغصوب أو مثله، قد صار دينًا على الغاصب فلا يقبض على ذلك إلاّ ما كان يتعجّل قبضه إلاّ أن يصالح عن ذلك بمثل قيمة الشّيء المغصوب دراهم يؤخّره فيجوز ذلك، ولا يصالحه عن ذلك بدنانير مؤجّلة لأنّ الأشياء المستهلكة إنّما تقوّم بالورق ولا يجوز الصّلح فيما فات منها حتّى تعرف قيمة الشّيء المغصوب الفائت، ويجوز إذا كان قائمًا وإن لم تعرف قيمته. وإذا طلب الصّلح في شيءٍ فات من دابّة أو عرضٍ - يريد الشّيخ بمثله أو بغير النّقد الجاري في البلد الّذي يطلب فيه الصّلح - فإنّه لا يجوز إلاّ مع القبض للشّيء الّذي وقع به الصّلح لأنّه يدخله الدّين بالدّين ا هـ. من الشّارح، ثمّ قال:

وجائزٌ تحلّلٌ فيما ادّعي ولم تقم بيّنةٌ للمدّعي

(يعني أنّه يجوز التّحلّل من الدّعوى): الّتي لم تقم عليها بيّنةٌ للمدّعي، وهذا في الدّعوى المجهولة لهما معًا وأجرى المعلومة لهما. وأمّا المعلومة لواحد المجهولة لآخر فلا يجوز الصّلح فيها. وبقي هذا القيد على النّاظم ومعنى التّحلّل أنّه يصالحه بشيءٍ ويجعله في حلٍّ. قال في كتاب الشّفعة من المعيار: إن صالح رجلٌ رجلاً في حقٍّ ادّعاه عليه في

قوله: **(يعني أنّه يجوز التحلل من الدعوى)** بحق في دار مثلاً يجوز الصلح عنها إن جهل قدر ذلك الخصمان أو علما ذلك، وإن علم أحدهما قدره وجهله الآخر لم يجز للجهل، وقد تقدم أن الصلح بيع وجهل أحد المتبايعين بثمن أو مثمون مفسد للعقد على المذهب، كما بيّنا عند قول المختصر: وجهل بثمن أو مثمون، وإنما جاز الصلح في جهلهما معًا لأن ذلك غاية المقدور،

داره فإن عرفاه جميعًا أو جهلاه جميعًا فذلك جائزٌ. وإن عرفه أحدهما وجهله الآخر لم يجز الصّلح كالبيع عند مالك وفي المقرّب قلت: فمن كان له على رجلٍ دراهم ثمّ نسيا جميعًا عددها كيف يصنعان؟ قال: يصطلحان على ما شاءا من ذهب، أو ورق، أو عرضٍ ويحلّل كلّ واحد منهما صاحبه ولا يؤخّره بما صالحه عليه. وقال بعض المتأخّرين: يجوز التّحليل في الدّعوى المجهولة على ما نصّه أهل الوثائق ا هـ.

قال - رحمه الله -

والصّلح في الكالئ حيث حلا بالصّرف في العين لزوجٍ حلا

يعني أنّه يجوز للزّوج أن يصالح عن كالئ الزّوجة الّذي في ذمّته (إذا حلّ أجله)، وكذا إن حلّ بعضه جاز الصّلح عن ذلك البعض، فيصالح بدنانير إن كان عليه دراهم أو بالدّراهم إن كان عليه دنانير. أمّا أن يحلّ أجله فلا يجوز الصّلح المذكور. قال بعض المتأخّرين: وصلح الرّجل زوجته عن كالئها إذا كان دنانير بدراهم أو بالعكس جائزٌ إذا كان حالاً (أو كان منكرًا له) فإن كان مؤخرًا فلا يجوز ذلك. وكذلك إن كان هو يدّعي التّأخير والزّوجة تدّعي حلوله لأنّه صرفٌ مستأخرٌ في حقّ الزّوج ويجوز ذلك على قول أصبغ ا هـ.

باب النكاح وما يتعلق به

حدّه الإمام ابن عرفة بقوله النّكاح عقدٌ على مجرّد متعة التّلذّذ بآدميّةٍ غير موجبٍ

ومثل هذا يجري في دراهم نسيا عددها مثلاً، وهذا الشارح تبع ابن الناظم في تفسير البيت بما رأيته، ويحتمل البيت أن هذا صلح عن إنكار، ويشعر بذلك قوله: ولم تقم بينة للمدعي فإنه ظاهر في إنكار المدعى عليه، ولكن الناظم عبر بالتحلّل فافهم، والصلح عن الإنكار هو قول المتن: وعلى الافتداء من يمين وفيه خلاف.

قوله: **(إذا حلّ أجله إلخ)** هذا من جملة أفراد قول المتن، وجاز عند دين بما يباع به وعن ذهب بورق وعكسه إن حلاً وعجل كمائة دينار ودرهم عن مائتيهما، فقوله حلا هو المدعى به ذهب في صورة وفضة في صورة، وقوله وعجل أي العوض عن المدعى فيه، قال في التوضيح: وهذا راجع إلى صرف ما في الذمة إلخ، وصرف ما في الذمّة هو قول المتن في الصرف أو بدين إن تأجّل وإن من أحدهما، انظر بيانه في الشرح غاية هناك. قوله: **(أو كان منكرًا له إلخ)** تقدم بيان هذا في شرط الصلح عن الإنكار.

باب النكاح وما يتعلق به

قف في الشرح على الكلام في حد النكاح وما يخرج بحد ابن عرفة هو قوله بعدما ذكره

قيمتها ببيّنة قبله غير عالمٍ عاقدها حـرمتها إن حرّمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر قال شارح الحدود الإمام الرّصّاع قوله: عقد عبّر بالعقد لأنّ النّكاح فيه إيجابٌ وقبولٌ من جانبين والعقد فيه لزوم العاقد على نـفسه أمرًا من الأمور، وأصل العقد في اللّغة الرّبط ومنه عقد إزاره وقد يستـعار للمعاني أي كهذا وقوله على مجـرّد هو المعقود عليه وهو اسم مفعولٍ من جرّد، وهو صفةٌ قبل الإضافة للمـتعة أي؛ المتعة المجرّدة بمعنى أنّها المقصودة من غير إضافة شيءٍ إليها، واحترز به من العقد على المنافع وهو الإجارة والكراء وعلى الذّوات وهو البيع والمتعة معلومةٌ مشـهورةٌ فلذلك عرف بها وهي التّلذّذ والتّمتّع أعمّ من التّلذّذ لأنّ التّمتّع يكون حسيًّا ومعنويًّا كـتمتّع الجاه والولاية وتمتّع الرّكوب والأكل والمقدّمات، والتّلذّذ يكون بالأمور الحـسّيّة ثمّ أخـرج الأمور المعنويّة بقوله الـتّلذّذ، ثمّ أخرج من الحسـّيّة التّلذّذ بالطّعام والشّراب بقوله بآدميّةٍ وزعم بعض المشايخ أنّه أخرج به العقد على الجنّيّة وفيه عندي بعد قوله غيـر موجب قيمتهـا أخرج به تحليل الأمة إذا وقع ببيّنة فإنّه يصدق عـليه أنّه عقد على مجرّد التّلذّذ بآدميّةٍ ببيّنة لكنّه يوجب ذلك التّلذّذ قيمة الآدميّة، والقيمة في المحلّلة تجب بالتّلذّذ وقيل بالغيبة على المحلّلة وإطلاق متـعة التّلذّذ يوجب إدخال نكاح الخصيّ والمجبوب وهو ظاهرٌ وقوله بـبيّنة حالٌ من التّلذّذ مـعناه في حال كـون التّلذّذ يكون ببيّنة قـبل وجوده أخرج به صور الزّنا ا هـ. وكتب عليه شيخنا سيّدي أبو محمّد عبد الواحد بنُ عاشرٍ رحمه الله أعني على قول الرّصّـاع ببيّنة حالٌ من التّلذّذ ما نصّـه هذا كلامٌ غير واضحٍ فإنّ المفـتقر للبيّنة هو العقـد لا التّلذّذ ا هـ. ثمّ قال الرّصّاع: قوله غير عالمٍ يـحتمل أن يكون حالاً من المتعة وهو المعـقود عليه فكأنّه قال: عـقدٌ على المتعة بآدميّـةٍ في حال كون المتعة غـير عالمٍ عاقدها حـرمتها، فهي حالٌ جرت عـلى غير من هي له، ويحتمل غيـر بالرّفع على الصّفة وهو الّذي ينطق به كثـيرٌ من الشّيوخ وأخـرج به صورة العقـد على آدميّة بالقيـود المذكورة والعاقـد عالمٌ بتـحريم المتـعة بتلك الآدميّـة كالعـقد على الأخت والعـمّة وغـير ذلك من المحرّمـات في كتاب اللّه تعالى فـإنّ ذلك ليس بنكاحٍ بل حكمه حكم الزّنا والسّفـاح، فلا

هذا الشارح ما نصّـه: فيخرج عقد تحليل الأمة إن وقـع ببينة ويدخل نكاح الخصي والطارئين لأنه بينة صدقـا فيهما، ولا يبطل عكسه بنكـاح من ادعاه بعد ثبوت وطئه بشاهد واحـد أو فشو بنائه باسم النكاح لقول ابن رشد: عدم حـدّه للشبهة لا لثبوت نكاحه، تحرير قول ابن عـرفة ببينة قبله إلى آخر ما ذكره في المسألة صريح أن ما وقع فـيه الدخول بلا شاهدين ليس بنكاح، وقد ذكر ابن عرفة هو وغيـره أنه يفسخ بطلقة والطلاق فرع ثبوت النكاح فهـذا تناقض ببادئ الرأي، والجواب عن ذلك هو ما ذكره ابن رشـد في المقدمات أن الطلقة ألزمناها له لأنه يـقول: تزوجت بشاهدين عدلين، فهو مقرّ بصحة النكاح، والإنسـان يؤخذ بإقراره، وفسخناه حيث لم نصدقه، ودريء عنه الحد للفـشو لحديث: «ادرءوا الحدود بالشـبهات» والفشـو شبهة، انظر بسطه وكـلام ابن رشد في الشرح فافهم، فإن من حشى وشرح لم يلموا بهذا فيما وقفنا عليه.

يلحق فيه ولدٌ ولا يدرأ فيه الحدّ لقوّة الدّليل على التّحريم هذا على القول المشهور في أنّ ذلك مقصورٌ على ما حرّمت المتعة فيه بكتاب اللّه تعالى، ولذلك قال إن حرّمها الكتاب على المشهور. ثمّ أشار إلى القول الآخر أنّ ذلك لا يقتصر فيه على تحريم الكتاب بل ذلك عامٌّ فيما وقع تحريمه بالكتاب أو بغيره، وهو أعمّ وأشمل ممّا حرّمه الكتاب وحده ممّا عدّد في كتاب اللّه تعالى ولذلك قال: الإجماع على القول الآخر وهو معطوفٌ على الكتاب أي أو ما حرّمه الإجماع على القول الآخر وهما طريقان مشهوران في المذهب بنوا عليهما مسائل في النّكاح والزّنا كما هو مقرّرٌ في محلّه ولنذكر ما تمسّ الحاجة إليه في فهم رسمه مثال ذلك إذا جمع بين المرأة وعمّتها أو نكح نكاح متعة عالمًا بتحريم ذلك فهل يصدق عليه أنّه نكاحٌ يثبت فيه لوازم النّكاح أو لا يصدق عليه ذلك ويكون حكمه حكم الزّنا؟ قولان: المشهور أنّ حكمه حكم النّكاح، والقول الآخر أنّ حكمه حكم الزّنا فالأوّل يقول بعدم حدّه وبإلحاق الولد به والثّاني عكسه، فالأوّل يراعي المحرّمات بالكتاب فقط وما حرّم بالسّنّة لا يكون حكمه حكم ذلك، والثّاني يراعي ما يعمّ ذلك فإذا صحّ وجب أن يقول الشّيخ أو الإجماع كما تقدّم، وقيل إنّما صوابه بالواو وقيل أصله أو والإجماع بزيادة واو بعد أو لأنّ الأوّل لا يقول بالثّاني والثّاني يقول بالأوّل ويزيد عليه وذلك إنّما يكون مع الواو.

وباعتبار النّاكح النّكاح واجبٌ أو مندوبٌ أو مباح

يعني أنّ حكم النّكاح يختلف باختلاف النّاكح فتعرض له أحكام الشّريعة الخمسة إلاّ أنّ النّاظم لم يذكر المكروه والحرام قال في التّوضيح: وحكم النّكاح النّدب من حيث الجملة وقد يجب على من لا ينفكّ عن الزّنا إلاّ به ويكره في حقّ من لا يشتهيه وينقطع به عن عبادته وفي المقنع لابن بطّال: يكره لمن لا يجد الطّول ولا حرفة له ولا صناعة ابن بشير: ويحرم على من لا يخاف العنت وكان يضرّ بالمرأة لعدم قدرته على الوطء أو على النّفقة أو يكتسب من موضع لا يحلّ اللّخمي: ويباح لمن لا نسل له ولا أرب له في النّساء وأشار إلى أنّ المرأة مساويةٌ للرّجل في هذه الأقسام والنّكاح في اللّغة التّداخل يقال تناكحت الأشجار إذا دخل بعضها في بعض، ونكح البذر الأرض ويطلق في الشّرع على العقد كقوله تعالى ﴿**ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النّساء**﴾ [النساء:٢٢] وعلى الوطء كقوله تعالى: ﴿**حتّى تنكح زوجًا غيره**﴾ [البقرة:٢٣٠] وكثر استعماله في العقد ولا خلاف أنّه حقيقةٌ في الوطء واختلف في إطلاقه على العقد فقيل بطريق الحقيقة وقيل بطريق المجاز وهو الأصحّ، لأنّ المجاز خيرٌ من الاشتراك، ثمّ قال عن ابن عبد السّلام: والأقرب أنّه حقيقةٌ لغةً في الوطء مجازٌ في العقد وفي الشّرع على العكس صحّ من التّوضيح باختصار وتقديم وتأخير حسبما اقتضاه المقام ابن سلمون: وتستحبّ الخطبة يوم الجمعة بعد العصر ويستحبّ

العقد في شوّال والبناء فيه لأنّ النّبيّ ﷺ: «تزوّج عائشة في شوّال وبنى بها في شوّال»[٥٠] ا هـ. وفي أواخر السّفر الأوّل من المعيـار في الفصل الّذي عقده لتعداد البدع المستحبّة وغيرها ما نصّه: ومنها كراهة الجهّال ومن لا يعبأ به عنـدنا اليوم عقد النّكاح في شهر المحرّم والدّخول فيه قال صاحب المفـهم: بل ينبغي أن يتميّز بالعقد والدّخـول فيه تمسّكًا بما عظّم اللّه تعالى ورسوله من حرمته وردعًا للجهّال عن جهالتهم.

والمهـر والصّـيغـة والزّوجـان ثمّ الـوليّ جـمـلـة الأركـان

يعني أنّ أركـان النّكاح خمـسةٌ المهـر والصّـداق والصّيـغة الدّالّة على الماهيّـة والزّوج والزّوجة والوليّ ونحوه قول ابن الحاجب: أركانه الصّيغة والوليّ والزّوج والزّوجة والصّداق (والتّحـقيق) ما قـاله الإمام الحطّاب أنّ الظّاهر أنّ الزّوج والزّوجـة ركنان والوليّ والصّيـغة شرطان: وأمّـا الشّهـود والصّداق فـلا ينبغي أن يعـدّا في الأركان ولا في الشّـروط لوجود النّكاح الشّرعيّ بدونهمـا غاية الأمر أنّه يشترط في صـحّة النّكاح أن لا يشترط فيـه سقوط الصّداق، ويشترط في جواز الدّخول الإشهاد فتأمّله وقد تقدّم أنّ الإشهاد في العقد مستحبٌّ وأمّا الصّـداق فقال الشّيـخ يوسف بن عمر في قول الرّسـالة وصداق هذا شرط كـمال في العقد لأنّه لو سكت عنه لم يضـرّ كما في التّفويض نعم لو تعرّضوا لإسـقاطه فسد النّكاح وفسخ قبل الدّخول ا هـ وعلم منه أنّ ذكر الصّداق أولى من نكاح التّفويض ا هـ.

وفي الدّخـول الحـتـم للإشـهـاد وهو مـكمّـلٌ في الانـعـقـاد

يعني أنّ الإشهاد بالنّكاح شـرط صحّة في الدّخول وشرط كمال في الانعـقاد، فيصحّ النّكاح وينعقـد بدون إشهاد بل بحصـول الإيجاب من الوليّ والقبول من الزّوج بـعد كونه صحيحًا منعقـدًا فيستحبّ الإشهاد عند العقد خوف موت أو نـدم فإن لم يشهدا عند العقد فلا بأس ولكن لا يدخل إلاّ بعـد الإشهاد، فإن دخل بغـير إشهاد فـسخ النّكاح بطلقة بائنة ولا حدّ على الزّوجين إن كان النّكاح فـاشيًا ولو علما بوجوب الإشهـاد وإن لم يكن فاشيًا حدًّا ولو جهلا وجوب الإشهاد وإذا فسخ لدخوله قبل الإشـهاد فتستبرأ بثلاث حيض ولهما المراجعة إن شاءا قال في المقرّب: قال سحنونٌ: قلت لابن القاسم أرأيت الرّجل يعقد نكاح ابنته البكر ولا يحضر شهودًا أتكون هذه العقدة صحيحـةً؟ قال نعم ويشهدان فيما يستقبلان

قوله: **(والتحقيق)** كلام الناس هنا يدل على أن الأمر قريب في هذا، لأن بعضهم يقول فروض النكاح وبعضهم يعـبر بالشروط والمدار على ما يتوقف النكاح عليه، ففي المفـيد ما نصّه: النكاح يصحّ بثلاثة شروط: ولي وصداق وشـاهدين إلخ. وفي أحكام ابن سهل: فرائض النكاح

---

(٥٠) [حديث صحيح]: أخرجه مـسلم (١٤٢٣)، والترمذي (١٠٩٣)، والنسائي (٣٢٣٦، ٣٣٧٧)، وابن ماجه (١٩٩٠)، وأحمد في المسند (٦/ ٥٤، ٢٠٦)، والدارمي في سننه (٢٢١١).

وهذا إذا لم يكن دخل بها ومن الواضحة قال مـالكٌ: ومن نكح ولم يشهد لم يضرّه ولكنّه لا يبني حتّى يشهد قال الشّارح: إنّ المتأخّرين قرّروا حكم الإشهاد أنّه شرطٌ في الدّخول ولا يعتبرون الشّـهرة الّتي هي خاصيّة النّكاح في نظر الأقدمين وشدّد المتـأخّرون في تحصيل هذا الشّرط حتّى كان عندهم ركنٌ من الماهيّة وخلوّ بعض الأنكحة عنه مع وجود الشّهرة ممّا تعمّ به البلوى فتحـدث من ذلك نوازل كثيرةٌ وفي كـلام المتقدّمين ما يشعـر بأنّ انصراف معظم القصـد في النّكاح إنّما هو الشّهـرة، ولذلك قال ابن شاس في جـواهره: ولم تكن أنكحة السّلف بإشهاد. وفي جواب الأستاذ سعـيد بن لبٍّ عن مسائل من هذا المعنى أعني الإشهاد في النّكاح أو في المراجـعة من الطّلاق مـا نصّه قـد ذكر أهل المذهب أنّ الإعـلان بالنّكاح وشهرته مع علم الزّوج والوليّ بذلك يكفي وإن لم يحصل إشهادٌ وهكذا كانت أنكحة كثير من السّلف وهذا المعنى قـد حكي عن ابن القـاسم ا هـ باختـصـار. وممّا يناسب هذا المحلّ المسألة الكثيرة الوقوع في كلّ بلدٍ وفي كلّ موضعٍ وقد سئل عنها جماعةٌ من الفقهاء وأجابوا عنها بأجوبةٍ مختلفة ومن جملتهم آخر الفقهاء وقضاة العدل الفقيه النّوازليّ أبو سالمٍ سيّدي إبراهيم بن عبد الرّحـمن الجلاليّ فاعتنى بالمسألة وجـمع ما استحضر فـيها وألّف في ذلك

ثلاثة: الولي والصداق وشاهدان وسننه إظهار إلخ. وفي الوثائق المجموعة ما نصّه: باب ما يتم به النكاح أصل النكاح الولي والمهر والـشهود ورضا الزوجـة غير ذات الأب وغير الأمـة إلخ. وقال المتيطي: فرائض النكاح ثلاثة: الولي والصداق وشاهدا عدل. قال ابن العطار: ورضا الزوجة غير ذات الأب البكر، قلت: وقـد كـان يجب أن يذكـر رضـا الزوج أيضًـا هذا لفظه. وعـبـارة ابن سلمـون: ولا يصحّ إلاّ بالوليّ والصداق وشـاهدي عـدل اهـ. وقال المازري: اخـتلف الناس في افتـقار النكاح إلى ولي إلخ. وقـال أبو الحسن على المدونة: وشروط النـكاح ثلاثة: ولي وصداق وشاهدان. وفـي الرسالة: ولا نكاح إلاّ بولي وصـداق وشاهدين إلخ. فـانظر فإنهم لم يجـعلوا الصيـغة والمحل فيه شـرطين، ولذلك ابن الحاجب وابن راشد جـعلاهما خمـسة إلخ، والحطاب كلامه فيه نظر، فإنه جعل الزوج والزوجـة ركنين وذلك لا يصحّ لأن النكاح عقد كما في حد ابن عرفـة وهو معنى، والزوجان ذاتان، والركن هو جـزء الماهية، والجزء هـنا مخالف لماهيـته بدليل الحسّ، وبهذا اعـترض ابن عرفة على ابن شـاس وابن الحاجب حيث جعـلا أركان الطلاق الأهل والمحل والقصد كـما هنا في النكاح فقال مـا نصّه: وجعل ابن شاس وابن الحـاج تابعين للغزالي الكل أركانًا له يرد بأنها خارجة عن حقيقتـه، وكل خارج عن حقيقة الشيء غير ركن له اهـ. لأنه حد الطلاق بقوله: صفة حكمـية إلخ، فما جعله الحطاب هو التحقيق غـير صحيح، ولا يقال إن الحطاب تمجز فإن ذلك لا يصحّ لأنه معترض على من تمجـز ورام التحقيق، وهذا الشارح كأنه لم يتـفطن لهذا أو تفطن وسكـت والعلم عند الله تعالى، وبه تـعرف مـا يقال في الولي والصـيغـة والصداق والإشهاد، ومـا ذكره الحطاب في نكاح التفويض تبع فيه ابن عـرفة، ويأتي تحقيق ذلك عند قول المصنف الصداق كالثـمن، وإن نكاح التفويض الصداق فيه موجود وإنما المنتـفي تسميته، والمضر هو التعرّض لإسقاطه، وهو قول المتن عاطفًا على ما يفسد أو بإسقاطه أي الصداق فافهم،

تأليفًا سمّاه بالمسألة الأمليسيّة في الأنكحة الإغريسيّة لأنّ السّؤال ورد من بلد غريس والأمليس التّمر الّذي لا عجم له ولفظ السّؤال: سألت عن عوائد جرت ببلد غريس ونواحيها وهي أن يوجّه الرّجل أو المرأة من يخطب له امرأةً لنفسه أو لولده من المرأة أو وليّها خاطبًا رجلاً أو امرأةً فيجاب بالقبول ويتواعدون للعقد الشّرعيّ في ليلة البناء ثمّ يبعث للمرأة ووليّها حنّاءً وحوائج تتزيّن بها وهدايا في المواسم ويولول النّساء عند الخطبة ويسمعون الجيران أنّ فلانًا تزوّج فلانة ويشتهر ذلك عندهم ثمّ يطرأ عند البناء والعقد تنازعٌ وتنافرٌ بينهم أو موت أحد الزّوجين فهل تثبت الزّوجيّة بتلك العادة ويحكم بصحّتها على المنكر وتبنى عليه أحكامها من الإرث وتحريم منكوحات الآباء وحلائل الأبناء ويتنزّل ذلك كلّه منزلة نكاح التّفويض أو لا بيّنوا لنا ذلك بيانًا شافيًا ولكم الأجر والسّلام ا هـ. وفي عادة أهل فارس زيادةٌ على ما ذكر أنّه إذا حصل الإيجاب من وليّ الزّوجة يتواعد أهل الزّوجة والزّوج ليومٍ ووقتٍ يجتمعون فيه يسمّونه كمال العطيّة، ويأتي أهل الزّوج معهم بمن له وجاهةٌ من الشّرفاء وغيرهم ممّن له الوجاهة ويجتمعون في المسجد فيسمع الحاضرون من وليّ الزّوجة إنكاح وليّته لفلان ويسمعون من وليّ الزّوج أو ممّن ناب عنه القبول ويعيّنون الصّداق إمّا جهارًا أو بين أولياء الزّوجين ويقرءون الفاتحة وينصرفون ولا يحضر الزّوج حياءً ولا يشهد عليه ثمّ يقع موتٌ لأحد الزّوجين أو ندمٌ فيحتجّ الزّوج أو ورثته بأنّه لم يحضر ويدّعي أنّه لم يوافق. فأجاب سيّدي إبراهيم المذكور بما نصّه مع اختصار ما أمكن اختصاره

حاصل ما ذكره هذا الشارح في المسألة الأمليسية ثلاثة أقسام، **القسم الأول**: النكاح ثابت فيه بلا إشكال عند القائل به. **والثاني**: لا ثبوت للنكاح بلا إشكال. **والثالث**: هو محل الخلاف. وقد رأيت الأقسام الثلاثة فيه مبينة، واستدل لمن قال بثبوت النكاح في محل الخلاف بمسألة الشريف المزدغري مع أن العقد فيها وقع من أخيها ولكن من غير توكيلها وهي يتيمة وقد أنكرت وقالت لم أوافق وإن فعلت ما يدل على رضاها من استعمال الحناء وما ذكر معها وهنئت وسكتت المدة المذكورة ولم تنكر إلاّ بعدها، وما أجاب به البقني لا صراحة فيه إذ الإيجاب صدر من أخي اليتيمة، وكلامه من أوله إلى آخره يدل على ذلك بالتأمل الصادق ولا سيما قوله: إذا عظم التراكن إلخ. وابن فتوح مال إلى ثبوت النكاح بما ذكر هنا من استعمال الحناء ونحو ذلك، واستظهر هذا الشارح ما أفتى به المزدغري قائلاً: هو الموافق لمضمون قول المختصر ولو طال كثيرًا لزم، وذكر أنه عرضه على بعض شيوخه فصوبه، والبقني علّله بعدم الإشهاد، وغيره علّل بعدم الصيغة، وهذا الشارح كأنه اعترض تعليل البقني لأن الإشهاد على العقد إنما هو مستحب، هذا حاصل ما جلبه هذا الشارح، وإنما لم أنقله بلفظه لطوله، ولكونه موجودًا عند من يريد أن يتكلم على المسألة، فأشرنا إليه إشارة إجمالية لنرتب عليه كلامًا أردناه والله المعين فنقول وبالله سبحانه نستعين: ما ذكره من كون الجماعة بفاس يعينون الصداق إلخ، إنما تعيين الصداق بفاس من غير الجماعة الذين يقرءون الفاتحة إلاّ إن كان ذلك نادرًا في بعض الأوقات، والمسألة الإمليسية لا بإيجاب فيها ولا قبول صراحة، ومسألة الشريف فيها الإيجاب من أخي اليتيمة، وقد قال غير

وذلك أنّ العادة المذكورة إن كانت جاريةً عندهم مجرى العقد المصطلح عليه عند أهل التّوثيق بحيث يرتّبون على تلك الأمور من إرسال الحنّاء وغيرها آثار النّكاح وجرت الأحكام عندهم بذلك وتقرّرت أنّ الإشهاد الواقع منهم ليلة الدّخول ليس هو إلاّ للتّحصين من النّزاع في قدر المهر أو أجله وحلوله، ولبيان ما قبض من المهر وما لم يقبض وإنّ قول السّائل ويتواعدون للعقد الشّرعيّ في ليلة البناء أنّ ذلك الوعد إنّما هو للتّحصين المذكور فهذا لا إشكال فيه عند القائل به أنّ تلك العادة يحكم بها ويلزم المتعاقدان بها وأمّا إن كانت العادة المذكورة إنّما هي عندهم توطئةٌ للعقدة الشّرعيّة الّتي يتواعدون إليها ليلة البناء وأنّهم لا إلزام بينهم بما يقع من الأحوال المذكورة وأنّ جميع ذلك أماراتٌ على ميل كلٍّ من الجهتين إلى الأخرى وأنّ تنجيز ذلك لا يقع بينهم إلاّ عند الإشهاد الّذي يقع ليلة الدّخول وعلى هذه الحالة تقرّرت عادتهم يعرفها الخاصّ والعامّ فهذا أيضًا لا إشكال في عدم اللّزوم بذلك، وأنّ تلك القرائن والأوصاف إنّما هي أماراتٌ على العقد المنبرم. والأمارات على الشّيء هي غير ذلك الشّيء قطعًا وإذا كانت العادة هكذا فلا يمكن أن يختلف في عدم اللّزوم بتلك العوائد وعدم ترتّب الآثار عليها، وأمّا إن جهلت عادة البلد بحيث إنّ تلك الأمور تقع بينهم كما وصف فإن سئلوا عن عادتهم هل مرادهم العقد المبرم اللازم أو الوعد والأمارة؟ وأمّا الانبرام فإنّما يقع ليلة البناء فلم يحرّروا شيئًا من عادتهم فهذا هو محلّ الإشكال على ماذا يحمل هل على الانبرام أو الحلّ؟ ولعلّ هذا القسم هو محلّ الخلاف كما يأتي فمن قال إنّها

واحد أن مذهب ابن القاسم أن المرأة لا يحتاج وليها عند تزويجها إلى تفويضها إليه لأن الولاية حق له، يعني إذا زوجها من كفء لها وكان الولي غير الأب في البكر، انظر كلامهم في هذا عند قول المتن: ورضا البكر صمت، وإذا ثبت هذا فكيف يستدل بمسألة الشريف على المسألة الإمليسية، واستدلال هذا الشارح بمضمون قول المختصر: ولو طال كثيراً لزم كذلك لأن مسألة الشريف هي المفتات عليها، ورضاها إنما يكون بالنطق على المشهور، وقيل لا تحتاج إلى نطق بل صماتها كاف وهو حتى في التوضيح، وعليه فمسألة الشريف الأخت رضيت بفعل أخيها بلا نطق منها ودليل رضاها هو ما تقدم من استعمال الحناء ونحو ذلك، فنكاحها صحيح على هذا القول الثاني، والمسألة حينئذ تكلم عليها المتقدمون أي مسألة الشريف، والمفتات عليها قيل: إنما يصحّ رضاها بالقرب وقيل حتى في البعد، وكلام الناس في المفتات عليها كثير، ونقلناه في الشرح عند قول المتن: ورضا البكر صمت إلى آخر تلك المسائل فلينظره من أراده فقد سقنا فيه ما فيه الشفاء، ومسألة المتن وهي قوله: ولو طال إلخ هي مسألة المفتات عليها في الحكم وإن كان المفتات عليه في هذا ذكراً، وحاصل المسألتين إن وقع الرضا بالقرب ولم يقع من العاقد إقرار بالافتيات ولا ردّ من المفتات عليه صحّ النكاح، والمسألتان فيهما خلاف قوي غاية، وظاهر كلامهم أن الرضا لا يشترط فيه النطق في الذكر، وإن صرّحوا بأن المشهور هو النطق في المرأة، وقدمنا قولاً بأنه لا يشترط فيها النطق، والحاصل أنه إذا تقدم عقد ووقع ما يدل على الرضا فالنكاح صحيح، وإن لم يتقدم عقد فالنكاح غير صحيح وإن كان ما يدل على الرضا حاصلاً، والصحة مع وجود الشروط الثلاثة

تتنزّل منزلة العقد المبرم يقول: إنّ الأركان المذكورة في النّكاح كلّها حاصلةٌ في الواقع بينهم بالمعنى، وأنّ ذلك أقـوى في الدّلالة على الإيجاب والقبـول لأنّ الدّلالة الفعليّـة أقوى من الدّلالة القوليّة ومن قال إنّ الإشهاد على الصّفة المذكورة متعبّدٌ به لا يقوم غيره ممّا يقع ويدلّ على معناه دلالةً واضحةً مـقامه، ولا بدّ من الصّفة المعهودة عليـه يقول الأوصاف المذكورة غير العقد فلا يترتّب عليها حكمٌ، وعلى هذا يتنزّل اخـتلاف فتاوى الشّيوخ. فأفتى جماعةٌ بلزوم النّكاح منهم السّيّـد الشّريف المزوغري قال في المـعيار: وسئل عن يتـيمة عقد عـليها أخوها النّكاح بغير وكالة منها له غيـر أنّ النّاس حضروا وطلبوه وأعطاهم وأكلوا طعامًا في الوقت وقامت الولاول وذلك منذ عـامين ولم يسمعوا من البنت المذكـورة إنكارًا ولا قبولاً إلى الآن وقـبله بمدّة أنكرت ذلك وقـالت لم أوافق فقـال لهـا زوجهـا الّذي أراد تزويجهـا أرسلت إليك الحنّاء والصّابون والفاكهة في الحاجوز والأعياد على عادة النّاس حين يتزوّجون ويكون ذلك في الإملاك وهل إذا ثبت هذا وشهد عليـها أنّها كانت تعلم أنّ الحنّاء من عنده وكذا الفـاكهة يكون سكـوتها رضًا منهـا بالزّواج أم لا حتّى يسمع مـنها الإشهـاد بالوكالة والرّضا بالمهر ونقده وكالته[٥٢] فبيّنوا لنا ذلك كلّه بيانًا شافيًا مشكورين مأجورين. فأجاب: الجواب واللّه يهدي إلـى الحقّ والموفّق للصّواب عمّا ذكر أعـلاه أنّ البنت المذكورة إن أكلت من تلك الفاكهة وغسلت بذلك الصّابون أو صبغت بتلك الحنّاء وصدقت طول المدّة المذكورة فذلك كلّه يدلّ على قبولها النّكاح مع أنّ تهنئة النّاس لها مع سكوتهـا وتسميتها بامرأة فلان ولم تنكر يكفي في ذلك كلّه فـهي بما ذكر زوجتـه واللّه الموفّق وكتب مـحبكم محـمّد بن

والرضا بالقرب وكلام الجواهر بأن الشهرة كافية هي فيـها عقد مشتمل على إيجاب وقبول فليست من هذا القبيل وإن لـم يكن فيها الإشهـاد المعروف عند الناس اليوم، مع أن المتأخـرين لا يكتفون بالشهـرة في النكاح عن الإشهـاد كما في ابـن الناظم، ولما ذكر ابن الناظم كـلام ابن سراج الذي تمادى على فتواه بالفـسخ حيث لا صيغة قـال ما نصّه: ولا يظهر أن مثـل تلك الأنكحة حال عن الصيغة وجه إلخ وهو ظاهر في أن ما خلا من الصيغـة غير صحيح وهو مطلوبنا لأن الصيغة ركن ولم توجد، وإذا لم تـوجد فأي شيء يفـيده رضا المـرأة، بل لو صرّحت بالقبـول لم يصحّ لخلو المسألة من الإيجاب من الولي فـافهم، والذي يدان الله تعالى به هو نظر كلام الناس وقـد جمعناه في هذين المحلين من شرحنا للـمختصـر لمن أراد الإنصاف والعثور على الحق، مع أن مـا أفتى به الشريف هو منقول في المستـخرجة، وذكره غير واحد كأبي الحـسن وابن رشد وابن عرفة، ونقلنا ذلك كله في الشرح في المحل المذكور فقف عليه إن شئت، ووجـه عدم ثبوته حيث لا عقد ظاهر لعدم الركن الذي هو الصيغة وهو الذي قاله ابن سراج واسـتدل على الفتوى به، وقد ذكره الشيخ ميارة عند قول المتن: فالصيغة النطق إلخ، وانظر عند قول التحفة: والسبق للمالك إلخ في ترتيب الأولياء عند ابن الناظم.

---

(٥٢) كالته: حافظه.

أحمد الحسني لطف اللّـه به ا هـ وأفتى جماعةٌ بعدم اللّزوم منهم الإمام أبـو العبّاس البقّنيّ قال في المعيار: وسئل أبو العبّاس سيّدي أحمد البقّنيّ رحمه الله عن رجلٍ خطب بنتًا يتيمةً من أخيها واتّفقـوا على التّزويج بعددٍ معلومٍ وحوائج معتبـرة وحضروا بمجلسٍ واحدٍ وعمل لها طعامٌ وأكلوا دون أن تقع بينهم شـهادةٌ وأعطاها أيضًا العصفة وألقتهـا في رأسهاً وعمل لها طعامٌ أيـضًا ومشى الرّجل مع الفرسان فـي حين السّفر للغزو في الأيّام الماضـية ومضى كيف قضي عليه وقـيل إنّه أسر وقام الآن أهل البنت يريدون تزويجها لغـيره فما الحكم في ذلك بواجب الشّرع فهل يحلّ العقد عليها لغيره أم لا؟ فأجاب بعد الصّدر تأمّلت مكتوبكم والّذي يكون عليه عمـلكم في المسألة أن لا نكاح بينهما وبذلك جـرت عادة المفتين في هذه المسألة وأنّه إذا لم يقع إشهادٌ فلا نكاح بوجه ولا توارث ولا عدّة، وذلك كلّه إنّما هو منوطٌ بالإشهاد فإذا لم يكن إشـهادٌ فلا نكاح، وقد كان شيخنا سيّدي إبراهيم بـن فتّوحٍ يستشكل هذه المسألة ولا سيّمـا إذا عظم التّراكن فيها مثل هذه المسألة فـهذا ما عندي في هذه المسألة والسّلام على سيّدنا ورحـمة اللّه وبركاته من كاتبه أحمد البقّنيّ وفّـقه اللّه ا هـ بلفظه فقوله رحمه الله: وبـهذا جرت عادة المفتين في هذه المـسألة هو كذلك كما تـقدّم عن ابن سراجٍ والسّرقسطيّ وأمّا قـوله: إذا لم يقع إشهادٌ فلا نكاح فلينظر مع قولهم إنّ الإشهـاد مستحبٌ عند العقـد شرطٌ في الدّخول فقط، والمفتـون بما ذكر لم يعلّلوا ذلك بترك الإشـهاد، وإنّما علّلوه بفقد الصّـيغة فتأمّل ذلك ا هـ. ويأتي ذلك في شرح البـيت بعد هذا وهذا ما أمكن جلبه في هذا المحلّ ومن أراد تتبّع المسألة وأجوبتها ومـا قيل فيها فليـراجع التّأليف المذكور المسمّى بالمسـألة الأمليسيّة في الأنكحـة المنعقدة على عـادة البلد الإغريسيّة لسـيّدي إبراهيم الجلاليّ رحـمه الله ونفع به وهو تألـيفٌ عجيبٌ في نحـو خمس عـشرة ورقةً فـي القالب الكبيـر. قال مقـيّد هذا الشّرح سـمح اللّه له: وقد سئل شـيخنا الإمام العـالم الحافظ أبو العبّاس سيّدي أحمد المقـرئ التّلمسانيّ ثمّ الفاسيّ عن هذه النّازلة، وبمّا ذكر في السّؤال أنّ الزّوج فعل عادة أهله من تحنئة يديه وجاء العيد فبـعث للزّوجة كبشًا وكان عازمًا على البناء والعرس فاخترمـته المنيّة فأجاب بما نصّه: أنّ هذه النّازلة اختلفت فيـها آراء الأئمّة وفتاويهم فالّذي أفتى به الشّريف المزدغيّ أنّ مثل هذا النّكاح صـحيحٌ في أحكامه ثابتةٌ والّذي أفتى به الشّيخ البقّنيّ أنّه لا بدّ من الإشـهاد ولا تكفي عنه الهديّة والتّهنئـة والحنّاء ونحوها قائلاً إنّه الّذي أفتى به الأشياخ وإن اسـتشكله الإمام ابن فتّوحٍ قائلاً: إنّ مـثل ذلك يكفي في انعقاد النّكاح واللّه أعلم وكـتب أحمد بن مـحمّد المقـري. ا هـ والظّاهر ما أفتـى به الشّريف من لزوم النّكاح وترتيب أحكامه وهو الموافق لقولهم من زوّج ابنه البـالغ أو أجنبيًّا فقد نقل في التّوضـيح عن صاحب النّكت واللّـخميّ أنّه إن طال سكوته بعـد عقد النّكاح زاد الـلّخميّ وقبل التّهنئة على جري العادة لزمه النّكاح قال اللّخميّ ويغرم نصف الصّداق ولا يمكّن منها لإقراره أنّها غـير زوجته قال صاحـب النّكت: وعرضته على بعض شيـوخنا فصوّبه. ا هـ

وإلى اللّزوم في هذه النّازلة وما أشبهها أشار الشّيخ خليلٌ بقوله: وإن طال كثيرًا لزم.

فالصّيغة النّطق بما كأنكحا من مقتضٍ تأبّدًا مستوضحا

لمّا عدّ الأركان جملةً وألحق بها ما هو شرطٌ في الدّخول لا في صحّة العقد رجع إلى الكلام على تلك الأركان تفصيلاً فأخبر أنّ الصّيغة الّتي هي أحد الأركان الخمسة هي التّلفّظ بأنكحت وزوّجت ونحوها ممّا يقتضي تمليك عصمة وليّته على التّأبيد لناكحها، وأدخل الكاف على أنكحا إشارةٌ إلى عدم قصرها على صيغة مخصوصة قال القاضي عبد الوهّاب: ينعقد بكلّ لفظ دال على التّمليك أبدًا كالبيع وقال ابن الحاجب الصّيغة من الوليّ لفظٌ يدلّ على التّأبيد مدّة الحياة كأنكحت وزوّجت وملّكت وبعت وكذلك وهبت بتسمية الصّداق ومن الزّوج ما يدلّ على القبول وقال المقري في كلّيّاته الفقهيّة: كلّ عقد فالمعتبر في انعقاده ما يدلّ على معناه لا صيغة مخصوصة ويختلف في المحتمل حيث يقع النّكول قال الشّارح: لم تزل الفتيا صادرةً عن شيخنا أبي القاسم ابن سراجٍ أبقى اللّه بركته بعدم التّوارث مهما مات أحد الزّوجين في الأنكحة المنعقدة في الجهة الشّرقيّة الّتي يتأخّر فيها الكتب والإشهاد للدّخول ويقدّمون فيها دينارًا واحدًا من الصّداق ويسمّونه الموزون ويعتلّ لقوله بعدم الميراث فيه بأنّه فات فيه الصّيغة وما زال الأصحاب يراجعونه في ذلك بالبحث وهو على أوّله في فتياه بذلك وإذا روجع قول المقري المنقول آخرًا وقول عبد الوهّاب المنقول أوّلاً يظهر أنّ تلك الأنكحة غير خاليةٍ من الصّيغة بوجهٍ ا هـ.

وربع دينارٍ أقلّ المصدق وليس للأكثر حدٌّ ما ارتقى

أو ما به قوّم أو دراهم ثلاثةٌ فهي له تقاوم

وقدرها بالدّرهم السّبعينيّ نحوٌ من العشرين في التّبيين

وينبغي في ذاك الاحتياط بخمسةٍ بقدرها تناط

تكلّم في هذه الأبيات على بعض ما يتعلّق بالصّداق أحد الأركان المذكورة وقد اشتملت على مسألتين الأولى: بيان قدر الصّداق كم هو باعتبار أقلّه وأكثره من الدّنانير والدّراهم والعروض، فأخبر أنّ أقلّه ربع دينارٍ شرعيٍّ من الذّهب أو ثلاثة دراهم أيضًا شرعيّةٌ من الفضّة، أو ما يساوي ربع دينارٍ يعني أو ما يساوي ثلاثة دراهم أيضًا من العروض وأمّا أكثره فلا حدّ له لقوله تعالى: **﴿وآتيتم إحداهنّ قنطارًا﴾** [النساء: ٢٠] وعلى هذا نبّه بالبيتين الأوّلين الثّانية: بيان كم في ثلاثة دراهم شرعيّة من الدّراهم الجارية إذ ذاك في البلاد الأندلسيّة فأخبر أنّ العشرين منها أو نحوها هو قدر الثّلاثة الدّراهم الشّرعيّة ومع ذلك فينبغي الاحتياط بزيادة خمسة دراهم على العشرين ليتحقّق ويتيقّن قدر الثّلاثة

دراهم خوف أن يكون في العشرين نقصٌ أو غشٌّ فينقص الصّداق عن أقلّه شرعيًّا فيزول ذلك الخوف بتلك الزّيادة فقوله أو ما به قوّم أي بربع دينار وهو عطفٌ على ربعٍ وقوله: أو دراهم عطفٌ على ما وثلاثةٌ نعتٌ لدراهم وضمير فهي للثّلاثة وضمير له لربع دينارٍ ومعنى تقاومه أي تعادله وتساويه في كونها أقلّ الصّداق وضمير قدرها للثّلاثة دراهم وهو مبتدأٌ خبره نحو والإشارة بذلك للصّداق الّذي بتلك الدّراهم دلّ عليه السّياق وبخمسة يتعلّق بالاحتياط على حذف مضاف أي بزيادة خمسة على العشرين وبقدرها يتعلّق بتناط والضّمير في بقدرها للثّلاثة دراهم ونائب تناط للخمسة والعشرين. قال في النّوادر ومن كتاب ابن الموّاز: وأقلّ الصّداق من الذّهب ربع دينارٍ ومن الورق ثلاثة دراهم ومن العروض (ما قيمته ثلاثة دراهم) ومن المقرّب: قلت له: أرأيتَ من تزوّج بعرضٍ قيمته أقلّ من ثلاثة دراهم أو تزوّج من درهمين؟ فقال لا أرى لأحدٍ أن يتزوّج بأقلّ من ربع دينارٍ (فإن فعل كان النّكاح جائزًا) ويقال للزّوج أكمل لها ربع دينارٍ فإن رضي وإلاّ فسخ النّكاح إن لم يكن دخل بها فإن دخل بها أكمل لها ربع دينار. ا هـ وقال غير واحد: تقدير الصّداق بما ذكر هو مقيسٌ على أقلّ ما تقطع فيه اليد في السّرقة عند مالك ابن عرفة وأقلّه المشهور ربع دينارٍ أو ثلاثة دراهم أو ما قيمته أحدهما وقيل أو ما قيمته ثلاثة دراهم فقط. قال الشّارح: فتخصيص الشّيخ تقويم العرض بربع دينارٍ يدلّ على اعتماده القول الأوّل إذا لا قائل بالاقتصار على تقويم العرض بربع دينارٍ وإنّما هما قولان: تعميم التّقويم بربع دينارٍ وبالثّلاثة دراهم وتخصيص التّقويم بالدّراهم قال الشّارح ما معناه: إنّ بعضهم سأل عن تحقيق نصاب الزّكاة بتحقيق درهمنا السّبعينيّ من الدّرهم الشّرعيّ فأجاب: وقال يتحصّل منه أنّ الدّرهم الشّرعيّ فيه من دراهمنا ستّة دراهم وثلاثة أعشار الدّرهم. ا هـ ولا شكّ أنّك إذا ضربت ستّةً وثلاثة

قوله: **(ما قيمته ثلاثة دراهم إلخ)** أي أو ما قيمته ربع دينار كما في المختصر، وغيره، ويأتي في كلام هذا الشارح. قوله: **(فإن فعل كان النكاح جائزًا إلخ)** هذا نقل يقتضي أن نكاح الدرهمين جائز لا فاسد، ولكن المذهب خلافه وأن نكاح الدرهمين فاسد، ولذلك قال في المختصر: وفسد إن نقص عن ربع دينار أو ثلاثة دراهم خالصة أو مقوم بهما وأتمه إن دخل وإلاّ فإن لم يتمه فسخ اهـ. وبيّنا أنه فاسد في شرح هذا المحل بما فيه كفاية، والفساد يقتضي التحريم كما لا يخفى بخلاف العكس، ومن اعترض كلام المتن لتعبيره بالفساد فهو المخطئ، قف على ذلك يظهر لك ما ذكرناه عيانًا، وما في نقل هذا الشارح صحيح من جهة نقله ولكن يحمل قوله: فإن فعل كان النكاح جائزًا أي ماضيًا لا أنه مباح الدخول عليه وإلاّ فهو خلاف المذهب، ويدل لما تأولنا قوله قبله: لا أرى لأحد أن يتزوج بأقل إلخ، وكان من حق هذا الشارح أن يبين هذا مع كونه اقتصر على هذا النقل، ولكن تبع ابن الناظم في اقتصاره على ما ذكر، وإنما كان الزوج مخيّرًا في التمادي على النكاح رعاية لمن يقول: نكاح الدرهمين جائز ابتداء، ولأجل ما ذكرناه من فساد هذا العقد قال المتيطي عادًا للمفسد ما نصّه: فأما الفساد من قبل الصداق فمثل أن يشترط نفيه أو قصوره عن ربع دينار إلخ وهذا منه بلفظه، وهكذا كلام غيره ممّا يكثر جلبه.

أعشارٍ في ثلاثة كان الخارج ثمانية عشر وتسعة أعشارٍ، فلذلك قال النّاظم: إنّ قدر ذلك بتلك الدّراهم عشرون درهمًا بتقريب.

ومنه ما سمّي أو ما فوّضا فيه وحتمًا للدّخول فرضا

يعْني أنّ النّكاح يكون على وجهين نكاح تسميةٍ وهو أن يسمّي الصّداق في العقد كما يسمّي الثّمن في البيع إلاّ أنّه يجوز فيه من المكارمة وعدم الاستقصاء ما لا يجوز في الثّمن الوجه الثّاني نكاح التّفويض وهو كما قال ابن عرفة ما عقد دون تسمية مهرٍ ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحدٍ وأخرج بالقيد الأخير نكاح التّحكيم.

(قال الرّصّاع يرد عليه) ما إذا جرت عادةٌ بمهرٍ في عرفٍ ووقع العقد ولم تقع تسميةٌ

قوله: **(قال الرصاع يردّ عليه إلخ)** هذا قد لا يرد على حد ابن عرفة لأنه في حكم التسمية، وعليه فلا يدخل في قوله دون تسمية لأن التسمية فيه في حكم الوجود لأنه مدخول عليه لجري عرف أهل الزوج والزوجة، مع أن نقل هذا الشارح فيه تبر ونص ما في المعيار: سئل أي المازري عن أنكحة البادية والعادة أنهم لا يسمون صدقاتهم ولا يشهدون عليها وقت العقد لكن عند الابتناء، والعادة أن الصداق عندهم معروف مقرّر لا يزاد فيه لجمال ونحوه، ولا ينقص منه لقبح ونحوه، فهل حكمه حكم نكاح التفويض يسقط بالموت ويوجب الميراث ويسقط بالطلاق قبل البناء؟ فأجاب: إن كانت العادة بأنهما ما سكتا عن التسمية إلاّ للعلم بها وتفاهمهما أن كل واحد منهما عقد عليها والتزم النكاح فليس بتفويض وهو نكاح سمّي صداقه وإن سكتا عن التسمية، والزوج غير ملتزم لها بل فوض الصداق إليه أو إليها فيفوض صداق المثل وهو المحدود الذي أشرت إليه، فهذا حكمه حكم التفويض في الصداق والميراث في الموت والطلاق إلخ. انظر تمامه في شرحنا صدر نكاح التفويض، وبه تعرف أن حد ابن عرفة لا يرد عليه هذا كما أشرنا إليه وتعرف ما في نقل هذا الشارح من الإجمال، وكلام المعيار هو كذلك في البرزلي. ونقل الرصاع أن قول اللخمي خلاف ما قاله المازري وأن هذا نكاح تفويض، وعلى كلام الرصاع اقتصر هذا الشارح. تحرير قول ابن عرفة في حد التفويض دون تسمية مهر ولا إسقاطه إلخ ظاهره أن الساقط هو التسمية فقط لا الصداق نفسه لأنه لم يقل دون مهر، وهو الذي يدل عليه كلام الناس في الرسالة، ونكاح التفويض جائز أن يعقداه ولا يذكران صداقًا إلخ. وعبارة المعونة وصفته أي نكاح التفويض أن يعقدا النكاح ولا يذكران صداقًا إلخ. وعبارة الباجي وصفته أن يصرّح بالتفويض أو يسكت عن المهر إلخ. وعبارة ابن شاس ونعني بالتفويض إخلاء عقد النكاح من تسمية المهر أو التصريح بالتفويض. وعبارة ابن الحاجب كهذه غير أنه قال هو إخلاء العقد من تسمية المهر، فإن صرّح بإسقاطه فسد إلخ. وكلام الناس طويل في هذا. فظاهر كلامهم أن الذي خلا عنه التفويض هو ذكر الصداق لا نفس الصداق، ولذلك إذا تعرّض لإسقاطه فسد، وهو الذي أشار إليه في المختصر في فصل الصداق عاطفًا على ما يفسد ما نصّه أو بإسقاطه، ولذلك قال في التوضيح

فيلزم أن يـكون ذلك من التّفـويض ونقل ذلك عن اللّخميّ ونقل المازريّ أنّ حكمـه حكم التّسمية ا هـ وفي الرّسالة ونكاح التّفويض جائزٌ أن يعقداه ولا يذكران صداقًا ويتحتّم فرض الصّداق بالدّخول فـلا يدخل إلاّ بعد فرضه وتقـديره على هذا نبّه بقوله: وحتـمًا للدّخول فرضًا وفي الرّسالة إثر ما تقدّم ثمّ لا يدخل بها حتّى يفرض لها. وفي المقرّب: فإن تزوّجها على عشرةٍ من الإبل أو من البقر أو من الغنم كان لها وسطٌ من الأسنان وكذلك إن تزوّجها على عبد بغير عـينه ولم يصفه ولم يضرب له أجلاً فعليه عـبدٌ وسطٌ حالاً وهو قول مالك فإن سمّوا في السّرّ مهرًا وفي العلانية مـهرًا قال ذلك جائزٌ عند مالك، ويؤخذ بمهر السّرّ إنّ كانوا أشهدوا عليه عدولاً وفي المقرّب أيضًا: قلت: فمن تزوّج امرأةً ولم يفرض لها صداقًا أيجوز ذلك؟ قـال نعم وهو قول مـالك، ويفرض لهـا صداق مـثلها إن دخل بهـا قبل أن يفرض لها وإن طلّقها قـبل أن يتراضيا على صداقٍ فلا صداق لها ولهـا المتعة وإن مات قبل أن يتراضيـا فلا متعة لهـا ولا صداق ولها الميراثُ. وفيه: قـلت: وأيّ شيء التّفويض عند مالك؟ قـال أن يقول الرّجل أنكحناك ولم يسـمّوا الصّداق. قلت له: فـإن تزوّج امرأةً ولم يفرضّ لهـا وقال: لا أفـرض إلاّ بعد البناء فـقال قال مـالكٌ: وليس له أن يبني بهـا حتّى يفرض لها صـداق مثلها إلاّ أن ترضى له بدون ذلك، فإن لم ترض إلاّ بصداق مـثلها لزمه ذلك إن أراد إمساكها. ا هـ وفي الرّسـالة: إن دخل بها لزمه صداق المثل وإن لم يدخل بها وفرض لها صداق مثلها لزمها، وإن فرض لها أقلّ فـهي مخيّرةٌ وفي مختصر الشّيخ خليل: ومهر المثل ما يرغب به مثله فـيها باعتبار دينٍ وجمالٍ وحسبٍ ومـالٍ وبلد وأخت شقيقة أو لأبٍ وعمّـة لا أمّ ابن الحاجب: وفيهـا وينظر الرّجلَ فقد يزوّج فـقيرٌ لقـرابته وأجنبيٌّ لماله فليس مهرهما سواءً

وكلّ مـــا يصحّ ملـكًا بمهــــر إلاّ إذا مـــا كـــان فــيـــه غـــرر

يعني أنّ كلّ ما يصحّ ملكه فإنّه يصحّ أن يكون مهرًا إلاّ إذا كـان فيه غررٌ كالعبد الآبق

صدر فصل الصداق ما نصّه: وعلى هذا فالصداق موجـود في نكاح التفويض وإنما المعدوم تسميته إلخ. وهو منتصر لابن عبد السـلام في هذا، ومّما يدل على هذا قول من يقول: إن الصداق يجب فيه بالموت، واسـتدلال ابن عرفة على ضـد هذا غير ظاهر، وبيّنا ذلك صدر فـصل الصداق غاية وتظهر الثمرة في قول عيسى كما في التوضيح ونصّه عنه: إذا زوج الأب الصغير ولا مال له نكاح تفويض ولم يفـرض لها حتى بلغ فالصـداق في مال الأب حيًا ومـيتًا يريد لأن الصداق كـان ثابتًا حين العقد على الأب وإنما تأخر تعيينه هذا لفظـه. وقوله: حتى بلغ أي غنيًا وإلاً فلا معنى للبناء أصلاً، وهذا في غاية الوضـوح لمن أنصف، وقد تحصل أن الصداق موجـود في نكاح التفويض، فافهم هذه الفائدة فإنك لا تجدها هكذا، ولكن انظر صدر الصداق والتفويض في شرحنا يظهر لك صدق هذا من كلام الناس.

والبعير الشّارد والثّمرة قبل بدوّ صلاحها ونحو ذلك ممّا لا يجوز بيعه، فكذلك لا يجوز كونه صداقًا وقد يفهم من استثنائه ما فيه غررٌ أنّ ما شاركه في كونه لا يباع لا يجوز كونه صداقًا وإن لم يكن فيه غررٌ كالضّحيّة وأمّ الولد والزّيت النّجس وجلد الميتة ونحو ذلك. (قال ابن زرقون) في المنهج السّالك: ولا يجوز أن يكون صداقًا إلاّ ما يجوز ملكه وبيعه وقال ابن عرفة: وشرطه كونه منتفعًا به للزّوجة متموّلاً ا هـ ويفهم كونه منتفعًا به متموّلاً من تحديد أقلّ الصّداق كما تقدّم فإنّه منتفعٌ به متموّلٌ، ولا يؤخذ كونه متموّلاً من قوله: وكلّ ما يصحّ ملكًا لأنّ الملك أعمّ فقد يكون مالاً وغير مالٍ كعصمة الزّوجة فإنّها ملكٌ للزّوج وليست بمالٍ.

والمهر والصّداق ما قد أصدقا وفي الكتاب بالمجاز أطلقا

يعني أنّ العوض الّذي يعطيه الزّوج للزّوجة ويصدقها إيّاه يسمّى في العرف مهرًا ويسمّى صداقًا، وأمّا إطلاق الصّداق على الكتاب أي المكتوب الّذي فيه الشّهادة على النّكاح فإنّما هو بطريق المجاز لا الحقيقة قال اللّه تعالى: **﴿وآتوا النّساء صدقاتهنّ نحلةً﴾** [النساء:٤] قال ابن سلمون: والصّداق ما يبذله الزّوج للزّوجة في عقد النّكاح وهو المهر أيضًا وقد يسمّى بعض الكتّاب المكتوب الّتي تقع فيه الشّهادة بالنّكاح صداقًا وذلك تجوّزٌ وإنّما يسمّى ذلك كتاب الصّداق أو كتاب النّكاح والصّداق هو المبذول ا هـ.

قوله: **(قال ابن زرقون إلخ)** هذا شرط مركب من الملك وجواز البيع، وفي المختصر عاطفًا على ما يفسد ما نصّه: أو بما لا يملك كخمر وحرًا أو بإسقاطه أو كقصاص إلخ. وفي الجواهر عادًا للمفسد ما نصّه الأول أن يكون ممّا لا يجوز بيعه لتحريم عينه أو لغرره كالخمر والخنزير وكالآبق والشارد. وفي ابن الحاجب مثله. وفي النهاية للمتيطي: أو لكونه ممّا لا يجوز تملكه شرعًا أو فيه غرر ونحو ذلك. وعبارة القاضي: أن يكون محرمًا لا يصحّ أن يملك كالخمر إلخ. وعبارة المفيد: كل ما جاز أن يكون متملكًا وأن يكون عوضًا أي هذا شرط الجواز وبضده يكون الفساد. وعبارة الجلاب: كل ما جاز بيعه جاز عقد النكاح به. وعبارة الرسالة: ولا بما لا يجوز بيعه. وقد تبين أن جلد الأضحية ونحوه لا يجوز أن يكون صداقًا وإن كان تملكها يصحّ، فالعبارة الحسنة هو ما لا يصحّ بيعه لا يصحّ النكاح به. وعبارة ابن زرقون حسنة غاية لأن ما لا يصحّ بيعه قد لا يملكه المتزوج، ولكن من تزوج بمغصوب فيه تفصيل وهو قول المتن: أو بمغصوب علماه لا أحدهما. فقول الجلاب حسن أيضًا وكذا من وافقه، ولكن انظر شرحنا في المذكورين وما تقدم من منع ما فيه غرر إنما هو الغرر الكثير كما هو مبين في المختصر وغيره صدر فصل الصداق، وقول التحفة: وكل ما يصلح ملكًا إلخ ظاهر في كون الأضحية ونحوها تكون صداقًا وهو باطل، انظر نصوص الناس في ذلك الشرح، وولده لم يبحث في كلامها من هذه الحيثية، اللهم إلاّ أن يجاب بحمل الملك على أكمله وهو الذي يتصرف فيه بالبيع وغيره، وانظر صدر فصل القرض في

(تنبيهٌ): المتبادر أنّ هـذه المسألة من اللّغة لا من الأحكام الّتي قصـدت في النّظم إنّما ذكرها لتأكّد معرفتها لأهل التّوثيق

ويكـره النّـكـاح بـالمؤجّـل إلاّ إذا مـا كـان مع مـعـجّل

يعني أنّه يكره أن يعقد النّكاح ابتداءً على صداق مؤجّل أي كلّه بدليل قوله: إلاّ إذا ما كان مع معجّلٍ، أي إلاّ إذا كان المؤجّل مع معجّلٍ فـإن دخلا على أنّ بعضه معجّلٍ وبعضه مؤجّلٍ فلا كراهة وهو قول ابن القاسم وقال مالكٌ بكراهته ابن الحاجب: وكره مالكٌ المؤجّل وقال إنّما الصّداق فـيما مضى ناجزٌ كلّه فإن وقع شيءٌ منه مـؤخّرًا فلا أحبّ طوله. ا هـ وفي المقرّب: قال سحنونٌ قلت له فمن تزوّج امرأةً بدنانير مسمّاة نقدًا وبدنانير إلى سنة فقال قال مالكٌ لا يعجبني هذا النّكاح وليس هو نـكاح من أدركنا (قال ابن القاسم: فإن وقع النّكاح هكذا أجزته) وكان للزّوج إذا أتى بالمعجّل أن يدخل عليها ويكون المؤجّل إلى أجل.

شرحنا تطلـع على أن المملوكات أقسـام، وابن عرفة قـال في الصداق: وشرطـه كونه منتفـعًا به للزوجة متمولاً إلخ. وتوقف ابن الناظم في جلد الميتة وجلود السباع إذا ذكيت فيه نظر، فإن جلد الميتة لا يجوز بيعه لقول المتن: وشـرط المعقود عليه طهارة، وعندنا الدبغ لا يطهر الجلد وهو قول المتن: وجلد ولو دبغ إلخ مع أنه لم يذكـر الدبغ في جلد الميـتة، وكيـف يقول في هذا لم أر فـيه نصًا، وهذا أمـر عند غير خليل ممّا يـكثر عدّه، وأما جلـود السباع إذا ذكيـت فطاهرة بدليل جواز الصلاة وهو في غير ما كتـاب فتباع، وكل ما يباع يمهر وما لا يباع لا يمهر، كـما رأيت فيما تقدم هنا مع كونه كلام ابن زرقون، وقد قال في المختـصر: الصداق كالثمن، والعجب من هذا الشارح كيف سكت عن ابن الناظم في هذا؟.

قوله: **(تنبيه إلخ)** هذا تبع فيه إشارة ابن الناظم ولكن الأمر في ذلك قريب فلا نطيل بالكلام عليه.

قوله: **(قال ابن القاسم: فـإن وقع النكاح هكذا أجزته إلخ)** أي أمضيـته هذا هو الظاهر من الكلام. فلا دليل فيه واضح أن ابن القاسم يقول بالـكراهة حيث يكون بعض الصداق نقدًا وبعضه مؤجلاً، ومع ذلك فـالراجح هو الكراهة مطلقًا، وهو الذي يدل عليه قـول خليل: وفي منعه إلى قوله: والأجل أي مكروه، فظاهره تأجل الكل أو البعض. وقال ابن شاس: ولو شرط الأجل في الصداق فقال عبد الملك: كان مـالك وأصحابه يكرهون أن يكون شيء من الصداق مؤخرًا، وكان مالك يقـول: إنما الصداق فيـما مضى ناجـز كله، فإن وقع شيء منه مؤخـرًا فلا أحب أن يطول الأجل في ذلك إلخ، وهذا منه بلفظه. واختـصره ابن الحاجب فقال: وكـره مالك المؤجل وقال: إنما الصداق فيما مضى ناجز كله إلخ. فكتب عليـه في التوضيح ما نصّه: ظاهر كلام مالك كراهة الأجل مطلقًا، وقـد صرّح في المدونة بكراهة الأجل في بعض الصداق ولو إلى سنة، ووجـهه ما ذكر من مخالـفة أنكحة الماضين اهـ. بلفظه. وقوله: ظاهر إلخ فيـه نظر ظاهر بدليل الصراحة في

وأمد الكوالئ المعينة ستّة أشهرٍ لعشرين سنهْ
بحسب المهور في المقدار ونسبة الأزواج والأقدار

يعني أنّه يجوز في أجل الكالئ أي المؤخّر من الصّداق أن يكون من ستّة أشهر من يوم العقد إلى عشرين سنةً وذلك بحسب ثلاثة أمور: كثرة المهر وقلّته وعلى ذلك نبّه بقوله بحسب المهور في المقدار، وبحسب صغر الزّوجين وكبرهما وعلى ذلك نبّه بقوله ونسبة الأزواج، ولو قال: وسنّي الأزواج والأقدار لكان أبين وبحسب ضعة الأقدار وارتفاعها وعلى ذلك نبّه بقوله والأقدار وفي الوثائق المجموعة: قال محمّد بن عبد اللّه: قال ابن وهبٍ رأيي فيه يعني في الكالئ العشرون سنةً فما دون ذلك وما زاد على ذلك فهو مفسوخٌ

كلام الإمام على حساب ما نقله عنه الناس كما تراه هنا بعينيك وابن عرفة قال: ويطلب كون المهر نقدًا لا مؤجل فيه إلخ. ونص المقرب قال سحنون: قلت له فمن تزوج امرأة بدنانير مسماة نقدًا وبدنانير إلى سنة فقال: قال مالك لا يعجبني هذا النكاح إلخ. وفي النهاية للمتيطي: فإذا وقع النكاح بصداق إلى أجل جار إن كان الأجل معلومًا قرب أو بعد، قال في المدونة: ما لم يتفاحش بعد ذلك، قال ابن لبابة في وثائقه: كان بعض أصحاب سحنون يقول عنه إن مالكًا كره أن يكون الكالئ بعيدًا جدًا، أو قريبًا جدًا وأجاز التوسط من ذلك. قال ابن وضاح إلخ ثم قال: وكره مالك في المدونة الأجل في بعض الصداق وإن كان إلى سنة، وأجازه ابن القاسم ابتداء إلى أربع، وأجازه ابن وهب إلى خمس، وأجازه أشهب إلى اثنتي عشرة سنة وبه زوج ابنته إلخ. وكان هذا الكلام الذي في النهاية ليس هو ممّا نحن فيه وإنما هو من جهة أخرى كم يحوز من أمد الكالئ إذا وقع ونزل وهو قول المختصر عاطفًا على ما يفسد النكاح ما نصّه: أو زاد على خمسين سنة إلخ وهو مضمون البيتين بعيد هذا من التحفة، وانظر الشرح هنا يظهر لك ذلك، وقد تبين أن كراهة الأجل موجودة في الكل والبعض وهذا هو الراجح بدليل تأمل ما كتبناه، وبه يظهر أن ما مرّ عليه في التحفة مرجوح ولذلك قال في الشامل: وكره مؤجل ولو بعضه، وقيل: يجوز ما لم يطل إلخ، فحكى ما في التحفة بقيل وذلك هو الحق إن شاء الله تعالى، ويكفي في ترجيحه على مقابله كونه قول الإمام في المدونة ونقل ما في التحفة عن ابن القاسم فيه ما لا يخفاك بدليل كلام الناس وقد رأيته، مع أن ابن رشد قال في المقدمات: ويستحب في النكاح الهضمية في الصداق وأن لا يكون فيه الأجل، وقد أخذ الباجي كراهة الأجل من حديث: «التمس ولو خاتمًا من حديد»[٥٣] لأنه لو كان الأجل في الصداق لزوجه المصطفى ﷺ بمؤخر، ونحوه في ابن عرفة، ولأن الأجل ذريعة للإسقاط إلخ وكان هذا في الأجل من أصله، وفي ابن سلمون تأجيل الصداق

---

(٥٣) حديث صحيح: أخرجه البخاري (٥٠٢٩)، ومسلم (١٤٢٥)، وأبو داود (٢١١١)، والترمذي (١١١٤)، والنسائي (٣٣٥٩)، وابن ماجه (١٨٨٩)، وأحمد في المسند (٥/ ٣٣٠، ٣٣٦)، وعبد الرزاق في المصنف (٧٥٩٢)، والحميدي (٩٢٨)، والطبراني في الكبير (٦/ ٥٧٥٠، ٥٧٨١)، وابن حبان في صحيحه (٤٠٩٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١٤٤، ٢٣٦، ٢٤٢).

وقال ابن القاسم: وأنا معك على هذا فأقام ابن وهب على رأيه ورجع ابن القاسم فقال: لا أفسخه إلى العشرين ولا إلى الثّلاثين ولا إلى الأربعينَ وأفسخه فيما هو فوق ذلك ولأصبغ في العتبيّة يجوز في العشرين فأقلّ وهو ظاهر قول ابن القاسم في الموازنة (وفي المتيطيّة) وقال ابن لبابة في وثائقه إن كان الزّوج صغيراً والزّوجة صغيرةً والبناء يتأخّر قيّد في أجل الكالئ إلى عشرين سنةً ونحوها وفيها أيضًا وإنّما ذلك على ما تراضى عليه الأزواج والزّوجات وعلى الأقدار والحالات.

فصل في الأولياء وما يترتب في الولاية

قوله في «الأولياء» على حذف مضاف أي في أحكام الأولياء يعني من تعيين من له الولاية ومن لا ولاية له ومن ترتيبهم ومن له الجبر منهم ومن لا جبر له، ومن ذكر شروط الوليّ، والّذي يترتّب على الولاية كتوكيل المالكة والوصيّة من يعقد نكاح أمتها أو محجورتها، والمراد بالوليّ إذا أطلق وليّ المرأة وهو المقصود هنا، وكذا وليّ الزّوج إذا كان رقيقًا أو محجوراً كما يأتي والأولياء جمع وليٍّ وهو كما قال ابن عرفة: الوليّ من له على المرأة ملكٌ أو أبوّةٌ أو تعصيبٌ أو إيصاءٌ أو كفالةٌ أو سلطنةٌ أو ذو إسلامٍ، فقوله على المرأة يشمل الحرّة والأمة وقوله أو تعصيبٌ كالأخ شقيقًا أو لأبٍ وكذا العمّ وقوله أو إيصاءٌ أي من أسند إليه الإيصاء أي كان له أن يوصي أبٌ أو وصيٌّ وقوله أو سلطنةٌ يعني من تقرّر عليها نظرٌ من السّلطان وهو القاضي، وقوله أو ذو إسلامٍ هو معطوفٌ على قوله من له على المرأة وهو أعمّ الولايات.

وعاقدٌ يكون حرًّا ذكراً مكلّفًا والقرب فيه اعتبرا

تقدّم أنّ الوليّ أحد أركان النّكاح وذكر هنا أنّ الوليّ الّذي يعقد النّكاح على وليّته يشترط فيه شروطٌ وهي الحرّيّة والذّكوريّة والتّكليف ويندرج فيه العقل والبلوغ والقرب من المرأة المعقود عليها النّكاح بحيث لا يكون ثمّ من هو أحقّ بعقد نكاحها منه لئلا يكون من

مكروه إلخ فظاهره الإطلاق. قوله: **(وفي المتيطية إلخ)** ما حكاه عن ابن لبابة ربما يكون مخالفًا لقول ابن القاسم، ففي ابن عرفة ما نصّه ابن رشد ظاهر سماع أصبغ ابن القاسم عدم اعتبار ما بقي من عمر الزوج والمشتري بالتعمير وهو قول أشهب إلخ. فما في التحفة مخالف لهذا، وصاحب المختصر قال: أو زاد على خمسين سنة أي يفسد النكاح بذلك ولم يقيد، وانظر هنا كلام الناس في الشرح وتأمله يظهر لك الحق في المسألة إن شاء الله.

فصل في الأولياء وما يترتب على الولاية

. . . .

إنكاح الوليّ الأبعد مع وجود الأقـرب منه وذلك لا يجوز وفيه تفصيلٌ قـال في التّوضيح: للوليّ ثمانية شروط ستّةٌ متّفقٌ عليها واثنان مختلفٌ فيهما، فالسّتّة المتّفق عليها أن يكون حرًّا بالغًا عـاقلاً ذكرًا حلالاً مـسلمًا أعني إذا كانت وليّتـه مسلمةً فإن كـانت غير مسلـمة (فلا يشترط إسـلامه) لأنّ الكافر يجوز له أن يعـقد نكاح وليّته الكافـرة لمسلمٍ والاثنان المختلف فيهـما أن يكون رشيدًا عدلاً وتكلّم ابن الحـاجب عليها كلّها ومراده بالرّقـيق القنّ ومن فيه شائبة حرّيّة ا هـ (وقد زاد ابن الحاجب) على النّاظم كونه حـلالاً مسلمًا رشيدًا عدلاً وانفرد النّاظم باشتّراط قربه من المرأة كما تقدّم قال مقيّده عفا اللّه عنه: وقد كنت جمعت الشّروط المذكورة في التّوضيح في بيتين وهما.

شـرط الوليّ عــقـدٌ ذكـورةٌ حـلالٌ ... ومـسـلمٌ حـرٌّ بـلوغٌ والكمـــال

في الـرّشـــد قل ثـمّ عــدالـةٌ ترى ... وفـيــهــمـا خلفٌ وإلاّ لا امــتـرا

ثمّ ذيّلتهما بما زاد ابن الحاجب فقلت:

وكـونه أقــرب خـوف عــقـد من ... بعــد مـع وجــود أقــرب قـــمن

وهذا الشّرط ممّا يتـعلّق بقولهم في حقّ الوليّ: من له على المرأة تعصيـبٌ فرعٌ اختلف في ولاية النّكاح هل هي حقٌّ للمرأة فلا يعقد عليها الوليّ إلاّ بتفويضٍ منها له على ذلك ما عدا الأب وهو قول ابن القاسم، أو هي حقّ الوليّ فله العقد عليـها من غير تفويضها وهو لابن حبيب حكاهمـا في التّوضيح فرعٌ: قال في المقـرّب قلت له أرأيت إن اختلف الأولياء في عقد النّكاح؟ فقال قال مـالكٌ: إن كانوا في العقد سواءً نظر السّلطان في ذلك وإن كان بعضهم أعدل من بعضٍ فالأعدل أولى.

والسّـــبق لـلمـــالك فـــابنٍ فـــأب ... فـــالأخ فـــابنه فـــجـــدّ الـنّسب

فـــالأقـــربين بعـــد بالتّـــرتيب ... بحـــسب الدّنوّ فـي التّـعـــصـــيب

لمّا ذكر شروط الوليّ ذكر هنا ترتيبهم إن تعدّدوا فـأخبر أنّ المالك أي السّيّد مقدّمٌ على سـائر الأولياء ثمّ يلـيه الابن ثمّ ابنه وإن بعـد، ثمّ الأب ثمّ الأخ ثمّ ابن الأخ ثمّ الجـدّ أبو الأب ولهذا قـال فجـدّ النّسب، واحتـرز به من الجدّ للأمّ فإنّه لا ولايـة له إلاّ إذا كان من العصـبة ثمّ بعد الجـدّ العمّ ثمّ ابنه ولذلك قال فالأقـربين بعد البيت ومن في درجـة واحدة كالأخوين والعمّين وأبنائهم يقدّم الشّـقيق منهم على الّذي للأب ونحوه قول الشّيخ خليلٍ:

قوله: **(فلا يشترط إسلامه إلخ)** الأولى أن يقول هو وليها كـما لا يخفى، انظره عند قول المتن: ككفر لمسلمـة وعكسه. قوله: **(وقد زاد ابن الحاجب إلخ)** هذه أمور أشار لهـا في المختصر

وقدّم ابنٌ فـابنه إلخ تنبيهـان: (الأوّل: إنّما يقدّم الابـن على الأب) إذا لم يكن الأب جدّد عليها الحجر في وقت يجوز له ذلك فإن فـعل فالأب مقدّمٌ على الابن كما أنّ الوصيّ مقدّمٌ على الابن. الثّاني: بقي علـى المؤلّف من الأولياء المولى الأعلى أي المعتق بكسـر التّاء وفي كون الأسفل وليّـا قولان وهو المعتق بفتـحها ثمّ بعده الكافل ثمّ القـاضي ثمّ ولاية الإسلام فتوكّل رجلاً من المسلمين بعقد نكاحها وفي هذه المسائل تفصيلٌ وذلك إذا تعدّي على الوليّ فزوّج المرأة غيـر من له تزويجها فـأمّا أن يتعدّى عليـه أجنبيٌّ أو وليٌّ أبعد منه والوليّ الّذي تعدّي عليه إمّا مجبر أو غير مجبر، انظر التّوضيح، وفي ولاية الكافل فروعٌ فمن أراد ذلك (فعليه بالمطوّلات). وقد أطال الشّارح هنا بجواب سؤال سئل عنه الأستاذ أبو سعيد بن لبٍّ (وهو أنّ صبيّةً زوّجها خالها) مع وجود عمٍّ شقيقٍ لها وعَلمٌ بالنّكاح وفهم منه الرّضا به ولم يعقده هو ولا وكّل على عقده والصّبيّة دنيّةٌ وبنى بها زوجها وأقام معها نحو أربعة أشهرٍ ثمّ طلّقها ثمّ أراد مـراجعتها عند القاضي فـرأى أنّ النّكاح مفسوخٌ فردّ المرأة إلى صـداق مثلها وألغي الطّلاق الواقع ولم يعـتدّ به فـأجاب بأنّ هذا النّكاح عـقده وليٌّ عـامٌّ مع وجود وليٍّ خاصٍّ، قـال ولا اعتبـار برضا العمّ إذا لم يتولّ العـقد، ولا قدّم من يتـولاّه ذكر ذلك ابن الحاجّ في نوازله في نكاح عقد الخال مع حضـور الأخ الشّقيق ورضاه دون تقديم منه فقال: ليس حضور الأخ عقد النّكاح ورضاه بعقد الخال بشيء وحـضوره كغيبته إذا لم يتولّ العقد ولم يقدّم، وإنّما يراد أن يتولّى العقد أو يقدّم غيره. وأمّا إن تولّى غيره بغير استخلافه فلا، وإن كان هو حاضراً فهو كعدمه ثمّ ذكر أنّها إذا كانت قد بلغت واستؤمرت ففي المسألة ستّة أقوالٍ في المذهب الخـيار للوليّ في إمضـاء النّكاح أو فسخـه بحسب ما يراه لوليّـته إلاّ أن يطولّ وتلد الأولاد فيمـضي النّكاح ماضٍ بالعقد. يفسخ وإن أجـازه الوليّ الدّخول فوّت.

بقوله: كذي رق إلخ. ثم قـال: وعقد السفيـه ذو الرأي بإذن وليه. قوله: **(الأول إنما يقدم الابن على الأب إلخ)** هذا في الوثائق المجـموعـة كمـا في ابن الناظم وابن عات، وذكـر هذا الأخـير الحطاب، والمواق أشار لذلك قبل الحطاب، ويظهر هذا مـن قولهم: الوصي يتقدم على الولي من النسب، ومن هناك تعرف صحة هذا القول فانظر البيت بعد هذا وهو قول الناظم:

وللوصـي العـقــد قــبل الأوليــا وقــيل بعــدهم ومــا إن رضيــا

فإنه صريح في هذا القيـد، فإن الوصي إنما يكون على المحجورة، إذ الكلام في ذات الابن، وإذا قدم الوصي فالأب أحرى بالتقديم على غيره ومن جـملته الابن فافهم، فإن هذا القيد لم يبق على الناظم، وقـد قال في المختـصر: وجبـر المجنونة والبكر ولو عانسًـا أي الأب، أي ولا كلام للابن فيها وهو مـشعر بتقديم من ذكرنا في النازلـة فافهم. قوله: **(فعليه بالمطولات)** كلام خليل وشرحه كاف في هذه المسائل. قوله: **(وهو أن صبية زوجها خالها إلخ)** انظر ما قدمناه في المسألة الإمليسية قبل نكاح التفويض.

يفسخ أبداً وإن تطاول وولدت الأولاد. والتّفرقة بين الدّنيّة فيصحّ وينظر في ذات القدر، واختار الشّيخ أبو الحسن اللّخمي أنّه نكاحٌ صحيح العقد بولاية صحيحة لكن تعلّق به حقٌ لوليٍّ آخر قال وممّا يؤيّد ذلك تفرقة مالك على المشهور من قوله بين الدّنيّة وغيرها، فثبت بهذا أنّ ذلك في ذات النّسب من حقّ الوليّ لا من حقّ الله تعالى، فإن وضعت نفسها فيمن هو كفءٌ لها مضى نكاحها وتقوى صحّة النّكاح في هذه النّازلة بثلاثة أوجه: أحدها: أنّ المرأة دنيّةٌ والثّاني: أنّ الخال قد قيل فيه أنّه وليٌّ من أولياء النّسب، وكذلكَ الأخ للأمّ ذكر أنّها روايةٌ لعليّ بن زياد. والثّالث: أنّ رضا الوليّ الأقرب وعلمه ممّا يسقط خياره على القول بأنّ له الخيار فلا يبقى له في النّكاح مقالٌ بعد أن علم به ورضيه ذكره في الوثائق المجموعة وغيرها انظر تمام كلامه ونقل في آخره عن عبد الملك بن حبيب أنّه إذا كان الوليّ الأقرب حاضراً يعلم أنّ غيره عقد على وليّته فلم يتكلّم ولم يغيّر فإنّ ذلك يحمل منه على الرّضا والتّسليم وهو خلاف ما تقدّم عن ابن الحاجّ وفي مختصر الشّيخ خليل: وصحّ بها في دنيّة مع خاصٍّ لم يجبر فتعبيره بالصّحّة يؤذن بعدم جواز الإقدام عليه ابتداءً وضمير بها في كلامه للولاية العامّة.

(وللوصيّ العقد) قبل الأوليا وقيل بعدهم وما إن رضيا
وبعضٌ استحبّ للوصيّ أن يسند العقد إلى الوليّ

يعني أنّ وصيّ الأب أولى بالعقد على محجورته من أوليائها وهو مقدّمٌ عليهم، وقيل إنّهم مقدّمون عليه. قال الشّارح: وهو قول ابن الماجشون واستحبّ بعضهم وهو ابن السّليم للوصيّ أن يسند العقد حتّى يخرج من هذا الخلاف وإليه أشار بالبيت الثّاني. قال في الوثائق المجموعة: واختلف أهل العلم في إنكاح ذات الوصيّ من قبل الأب فقال مالكٌ: إنّ الوصيّ أولى بإنكاحها من الأولياء فإن زوّجها أحد الأولياء بغير إذن الوصيّ فسخه الوصيّ ما لم تطل وتلد الأولاد وقال ابن الماجشون الوليّ أحقّ من الوصيّ وكان يحيى بن سعيد يرى على الوصيّ مشورة الوليّ ولذلك كان ابن السّليم قاضي قرطبة يتحرّى الخروج من الخلاف فيأمر الوصيّ أن يقدّم الوليّ للعقد اهـ وفي المقرّب أنّ وصيّ الوصيّ كالوصيّ وإن تعدّد لثالثٍ ورابعٍ وأكثر قال: وهذا كلّه إن بلغت المحيض، وأمّا إن لم تبلغ فلا

وقول الناظم: **(وللوصي العقد إلخ)** حاصل ما كتبناه في الشرح على قول المتن: وجبر وصي إلى قوله: وهو في الثيب أن الرشيدة الثيب قول سحنون لا ولاية للوصي عليها، وقول أشهب وهو الذي قال فيه ابن حبيب هو قول مالك وأصحابه المصريين والمدنيين أن الوصي أولى من الأولياء فيها، وقول أصبغ وهو مذهب الكتاب كلاهما ولي أي الوصي والولي إلخ، وبه تفهم ترجيح القول بتقديم الوصي في المحجورة التي لم تخرج إلى الرشد، ولكن نقلنا كلامًا كثيرًا في المسألة.

يزوّجها إلاّ الأب وحده وقال ابن أبي زمنين الوصيّ الّذي لا يزوّج الصّغيرة قبل بلوغها ولا البالغ إلاّ بأمرها هو الوصيّ الّذي لم يأمره الأب بالتّزويج، وأمّا إن قال له زوّج ابنتي قبل بلوغها أو بعده فيجوز للوصيّ تنفيذ ما أمره به الأب، فلذلك يقصّ الموثّقون في عقود الإيصاء أنّه جعل له إنكاح الأنثى قبل البلوغ وبعده جبراً من غير كشفٍ ولا استئمارٍ ا هـ.

والمرأة الوصيّ ليست تعقد   إلاّ بتقديم امرئٍ يعتمد

إذا كانت المرأة وصيًّا أي على أنثى فلا يجوز لها أن تباشر عقد نكاحها لأنّ من شرط الوليّ الذّكورة وإنّما تقدّم رجلاً يلي العقد على المحجورة المذكورة وذكر المسألة في سياق الوليّ من جهة المرأة يدلّ على أنّ المراد هنا بالوصيّ على أنثى (وأمّا الوصيّ على ذكرٍ) فتعقد له كما يأتي في قوله:

والعبد والمرأة حيث وصّيا   وعقدا على صبيٍّ أمضيا

ففي المقرّب: قلت له: أيجوز للمرأة أن تعقد النّكاح على ابنتها؟ فقال: قال مالكٌ: لا تعقد المرأة النّكاح على ابنتها ولا على أحد من النّساء إلاّ أن تكون وصيًّا فيجوز لها أن تستخلف من يزوّجها وإن استخلفت أجنبيًّا جاز (وإن كان أولياء الابنة حضورًا) قال ابن يونس: ولمّا كانت المرأة لا تعقد على نفسها كان عقدها على امرأة غيرها أحرى أن لا يجوز فقد قال رسول اللّه ﷺ: «لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها»[٥٤] ويلحق بالمرأة الوصيّ المرأة المالكة تريد تزويج أمتها (والكافلة في مكفولتها) والمعتقة بكسر التّاء في معتقتها والعبد الوصيّ على أنثى فلا بدّ من توكيلهم من يعقد على الأنثى. وفي النّوادر: إذا عقد العبد نكاح ابنته الحرّة أو غيرها وأجاز ذلك ولاتها أو كان بإذنهم أو عقد نكاح أمته والمرأة نكاح

وقوله: **(وأما الوصي على ذكر إلخ)** هذا هو المشهور، وقال ابن رشد في الفرق بين الأمرين ما نصّه: إن الولي المعتبر في صحة النكاح إنما هو الولي الذي من قبل المرأة لقول عمر رضي الله تعالى عنه: لا تنكح المرأة إلاّ بإذن وليها، فإذا زوجت المرأة أو العبد من إلى نظرهما الذكور لم يقع النكاح إلاّ بولي، لأن الأولياء المعتبر بهم في صحة النكاح أولياء الزوجات لا أولياء الأزواج وهذا بيّن لا إشكال فيه إلخ. وهذا منه بلفظه: وعلّل ذلك أيضًا بأن الذكر يحل على نفسه ما عقد عليه بالطلاق ولا كذلك الأنثى، ولأن المرأة لا تزوج المرأة كما في الحديث ولم يرد ذلك في الرجال، وأنها لا تزوج الذكران، قف على هذه الأمور وأزيد في الشرح.

قوله: **(وإن كان أولياء البنت حضوراً إلخ)** هذا فيه كلام طويل فانظره في الشرح إن شئت عند قول المتن: ووكلت مالكة ووصية ومعتقة وإن أجنبيًا إلخ. قوله: **(والكافلة في مكفولتها)** هذا

---

(٥٤) [حديث صحيح]: أخرجه ابن ماجه (١٨٨٢)، والدارقطني في سننه (٣٥٠٠، ٣٥٠١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١١٠)، وصححه الشيخ الألباني في الإرواد (١٨٤١).

ابنتهـا أو ابنة غيرها فلا يجـوز ويفسخ قبل البناء وبعـده، وإن ولدت الأولاد وطال الزّمان وأجازه الأوليـاء أو كان بإذنهم كـان لها خطبٌ أو لم يكن ويفسـخ بطلقة ولهـا المسمّى إن دخلت وكذلك إن كانت المرأة وصيّةً على الّتي عقدت عليها أو كان العبد وصيًا قال مالكٌ: الأولى للمرأة الوصـيّة أن تولّي أجنبيًا على العـقد فيجـوز وإن كره الأولياء وكذلك الـعبد الوصيّ قـال أصبغ: (ولا مـيراث فـيمـا عقـدته المرأة) أو العبـد إن فسخ بطلاق لضـعف الاختلاف فيه قال ابن القاسم: وكذلك عقد كلّ من فيه بقيّة رقٍّ بكتابة أو بعتق بعضه كعقد العبد، وأمّا العبد يعقد على نفسـه فذلك جائزٌ يريد بإذن سيّده ا هـ وانظر قوله: إلاّ بتقديم امرئ يعـتمد حـيث وصف امرئ بجملة يعـتمد هـل مراده أنّه لا يوكّل إلاّ من يعتـمد في الولاّية (باجتماع شروطها) فيه أو غير ذلك.

والعـبـد والمحـجور مـهـمـا نكحـا	بغـيـر إذن فـانفـسـاخٌ وضـحـا
وربع دينـارٍ لهـا بمـا اسـتـحلّ	منـهـا إن ابتنى وذا بـه العـمل
وإن يمـت زوجٌ فـالإرث هـدرٌ	والعكس لـلحـاجـر فـيـه الـنّظر

يعني أنّ العبد القنّ وكـذا كلّ من فيه شائبةٌ رقٍّ من مكاتبٍ وغيـره إذا تزوّج بغير إذن

غير صحيح؛ لأن الكافلة لا ولاية لها على الراجح وإنما الولاء للكافل، ولذلك قال في المختصر: فكافل أي ذكر كافل. وقال ابن رشـد على ابن الحاجب: المرأة الكافلة ليس لها أن توكل وهي في ذلك بخلاف الرجل إلخ. وقال ابن زرب في هذه المسـائل لا مدخل للنساء في هذا إلخ. ولذلك قال أبو عبد الله الفشتالي: قال ابن زرب إن المرأة إذا كـفلت يتيمة لم يكن لها تزويجها إلخ. وقد أشار ابن غازي لهذا، وإن اقتصار المصنف هنا على الثلاث مخرج للكافلة والمعتقة بالفتح والأخت إلخ، وهذا هو الحق، فللّه در المصنف في هذا الاخـتصار العجيـب والاقتصار الغريـب، وما ذكر من الخلاف فـي الكافلة ضعـيف، وصاحب المختـصر لم يعـبأ به فلذلك لم يحكـه وإن ذكره في توضيحه، لكن اقتـصار ابن زرب وابن راشد والفشتالي على ما ذكر كاف في ترجـيحه، لا سيما وقد قرّر به ابن غازي، وابن الناظم لم يـذكر الكافلة أصلاً هنا. قوله: **(ولا مـيراث فيما عـقدته المرأة إلخ)** انظر تحقيـقه عند قول المختـصر: وإنكاح العبد والمرأة فـإنه وقع فيه خطأ كثـير. قوله: **(باجتماع شروطها)** صحيح وقد بيّناه في الشرح.

تنبيه: قال ابن ناجي في شرح المدونة على قولها: ولكن تستـخلف رجلاً يعقد عليها النكاح إذا كانت وصية ما نصّه: ظاهرها أنهـا تكون جابرة إذا أوصى لها بذلك وتوكل على العقد، وإليه ذهب بعض شيوخنا، وقيل تستخلف من يجبر ويعقد قاله شيخنا أبو مهدي إلخ، ولكن يظهر هو الجبر لأن توكيلها في العقد منع من أجل حديث: «إن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها»[٥٥] وأما

(٥٥) [حديث صحيح]: تقدم فيما قبله.

سيّده والمحجور أي البالغ بدليل ذكره للصّبيّ بعد إذا تزوّج بغير إذن وصيّه (ثمّ علم الوصيّ أو السّيّد) بذلك فإنّ النّكاح يفسخ وظاهره أنّ الفسخ معتبرٌ متعيّنٌ لا خيار لـلحاجر فيه أمّا مسألة العبد ففيها قولان: المشهور أنّ السّيّد يخيّر بين فسخ النّكاح وإمضائه وقال أبو الفرج: القياس الفسخ لأنّه نكاحٌ فيه خيارٌ وهما على الخلاف في الخيار الحكميّ هل هو كالشّرط أم لا؟ الباجيّ: وقول أبي الفرج عندي هو الصّحيح وانظر هل يتخرّج هذا القول في السّفيه؟ قاله في التّوضيح وأمّا مسألة المحجور فلم يذكر في التّوضيح إلاّ أنّ له الخيار إلاّ ما أشار إليه من تخريج القول الّذي في العبد في السّفيه فقول الشّيخ فانفساخٌ وضحا يعني إن شاء وإن شاء أمضى هذا في المسألتين معًا (إلا أنّ في الأولى قولاً منصوصًا بتحتّم الفسخ) فإذا ردّ السّيّد أو الوصيّ النّكاح فإن كان قبل البناء فلا شيء للزّوجة (للقاعدة أنّ الصّداق يسقط بالفسخ) قبل البناء وإن ردّه بعد البناء فتردّ الزّوجة الصّداق وليس لها منه إلاّ قدر ما يستحلّ به الفرج وذلك ربع دينار، وإلى هذا أشار بالبيت الثّاني. ثمّ ذكر في البيت الثّالث أنّه إذا مات الزّوج بقسميه يعني المحجور الحرّ أو العبد قبل فسخ النّكاح (فيتعيّن الفسخ) ويسقط الصّداق ولا إرث للزّوجة منه وعلى ذلك نبّه بقوله: فالإرث هدرٌ على أنّه إنّما يتوهّم الإرث في موت المحجور لا في موت العبد لأنّه لا يرث ولا يورّث وإذا ماتت زوجة المحجور وهو مراده بالعكس فينظر حاجره بالأصلح له، فإن رأى أنّه يرث منها أكثر ممّا يعطي من الصّداق فيمضي النّكاح ولا يردّه، وإن رأى أنّه يرث أقلّ ممّا يعطي من الصّداق

الجبر فتكون فيه مخيّرة بين أن تجبر هي أو توكل عليه، لأن الجبر يصحّ فيه التوكيل لأنه يقبل النيابة، وبدليل أن الأب على جبر البكر ويوصي به هذا هو الحق والعلم عند الله تعالى، ولم يظهر ما ذكره ابن ناجي من الخلاف تأمله منصفًا.

قوله: **(ثم علم الوصي أو السيد إلخ)** كان من حقه أن يزيد أو الأب لأن المحجور يكون حاجره أبًا أو غيره، وقد قال في المختصر: ولولي سفيه فسخ عقده إلخ، وقد قال في الحجر: والولي الأب إلخ. قوله: **(إلاّ أن في الأولى قولاً منصوصًا بتحتم الفسخ إلخ)** هذا في التوضيح كما ذكره، ولكن المسألة تحتاج إلى بسط أكثر من هذا وكلام الناس في هذا طويل. قوله: **(للقاعدة أن الصداق يسقط بالفسخ إلخ)** صحيح وذلك قال في المختصر: ولولي سفيه فسخ عقده إلخ، فعبرّ بالفسخ ليشعر أنه لا شيء للزوجة إن لم يكن دخول، وقد قال في المختصر: وسقط بالفسخ قبله أي في النكاح الفاسد وغيره كهذا ونكاح العبد فإن النكاح فيهما صحيح بدليل تخيير السيد والولي في الفسخ والإمضاء على المذهب. قوله: **(فيتعين الفسخ)** ظاهره أو نصّه أن تعين الفسخ في العبد والمحجور، وإنما ذكره خليل في مختصره في المحجور وكذلك غيره ذلك هو الحق، لأن الفسخ إنما يتعين في مسألة السفيه لأن المال الغير الولي، أما في العبد فالمال لسيده وله أن يهبه لمن يشاء فكيف بهذا المضي الذي هو ضد الفسخ الذي نقول بتعينه فافهمه بإنصاف، وكلام ابن الناظم فيه إيهام قليل، ولعله هو متبوع هذا الشارح.

فيفسخ النّكاح ويردّه إذ لا مصلحة للمحجور في إمضائه، ولم يتكلّم على ما إذا ماتت زوجة العبد الّذي تزوّج بغير إذن سيّده قبل أن يفسخ السّيّد أو يمضي لأنّ العبد لا يرث ولا يورّث فلا فائدة في إمضائه واللّه أعلم. قال في المنتخب: قال سحنونٌ: قلت لابن القاسم فإن تزوّج الصّغير بغير إذن أبيه فأجازه الأب أيجوز؟ قال نعم إذا كان على وجه النّظر له وإن فرّق الوليّ بينهما لم يكن على الصّبيّ من الصّداق شيءٌ وإن كان مثله يقوى على الجماع قال ابن أبي زمنين: والسّفيه الكبير بمنزلة الصّغير تزويج أبيه إيّاه جائزٌ عليه رضي بذلك السّفيه أو سخطه، وكذلك وصيّ أبيه وخليفة السّلطان عليه الّذي يوكّله على النّظر في ماله وهو من أصل قول مالكٍ، وفي سماع أصبغ سئل ابن القاسم عن السّفيه ينكح بغير إذن وليّه ثمّ ماتا أيتوارثان؟ قال: إن مات هو فلا ترث وإن ماتت هي فالنّظر لوليّه إن أراد أن يثبت النّكاح ويأخذ الميراث أخذه، وإن أراد أن يردّ ورده تركه ومن المنتخب أيضًا قلت له يعني لابن القاسم فلو أنّ عبدًا تزوّج بغير إذن سيّده فأجازه السّيّد أيجوز؟ قال نعم قلت: فإنّ فسخه بالبتات أيكون ذلك له؟ قال نعم لأنّه لمّا نكح بغير إذن السّيّد صار الطّلاق بيد السّيّد ا هـ. وفي التّوضيح في شرح قول ابن الحاجب فلو تزوّج العبد بغير إذن سيّده ما نصّه باختصار على المشهور يفسخ بطلاق لصحّته وعلى قول أبي الفرج بغير طلاق قاله اللّخميّ، وعلى الطّلاق فمحلّه عند مالكٍ إن لم ينو عددًا على واحدة واختلف قوله إذا طلّق طلقتين فقال مرّةً ذلك له وقال مرّةً لا يلزمه إلاّ واحدةٌ لأنّ الواحدة تبيّنها وهو أحسن واستحسن أن تكون له الرّجعة إن عتق في العدّة ا هـ وذكر ابن يونس أنّ أكثر الرّواة رووا لزوم واحدةٍ فقط قال غيره وهو اختيار الجمهور. ا هـ وفي مختصر الشّيخ خليلٍ: وللسّيّد ردّ نكاح عبده بطلقةٍ فقط بائنةٍ.

وعاقدٌ على ابنه حال الصّغر على شروطٍ مقتضاةٍ بالنّظر
إن ابنه بعد البلوغ دخلا مع علمه يلزمه ما حملا
وحيث لم يبلغ وإن بنى فما يلزمه شيءٌ وهبه علما
والحلّ بالفسخ بلا طلاق إن ردّ ذاك وبلا صداق

يعني أنّ من عقد النّكاح على ابنه الصّغير على شروطٍ اقتضى نظره الدّخول عليها لما رأى له في ذلك النّكاح من الغبطة والمصلحة كطلاق من يتزوّج عليها أو عتق من يتسرّى عليها ثمّ بلغ الابن ودخل بالزّوجة عالمًا بتلك الشّروط فإنّها تلزمه، وأمّا قبل بلوغه فلا تلزمه دخل أو لم يدخل علم أو لم يعلم وكذا لا تلزمه إن بلغ ولم يدخل غير عالمٍ بالشّروط وحيث لم يلزمه النّكاح في وجهٍ من هذه الوجوه وأراد حلّه عن نفسه فإنّه يفسخ بلا طلاقٍ وبلا صداقٍ. قال في المنتخب: روى ابن مزينٍ عن أصبغ أنّه قال قال ابن القاسم

ما كتب الأب (على ابنه الصّغير) عند النّكاح من الطّلاق والعتاق فإذا بلغ الابن وعلم بذلك ودخل بعد علمه لزمته الشّروط، وإن دخل قبل أن يعلم لم يلزمه منها قليلٌ ولا كثيرٌ فإن علم قبل أن يدخل فهو بالخيار إن شاء دخل على الشّروط وإن شاء فسخ النّكاح عنه ولم يلزمه شيءٌ وكذلك عن بعض أهل العلم وهو رأيي والّذي أستحسن ا هـ ونقل في التّوضيح في الصّغير يزوّج نفسه أو يزوّجه وليّه بشروط فبلغ وكرهها قولين أحدهما: لزوم النّكاح بشروطه والثّاني: التّخيير في الفسخ والإمضاء قال والقول باللّزوم لابن وهب في العتبيّة وبعدم اللّزوم لابن القاسم في الموّازيّة وعلى عدم اللّزوم فهل تسقط مطلقًا أي ويصحّ النّكاح وهو قول ابن العطّار أو يخيّر في التزامها ويثبت النّكاح وعدم التزامها ويفسخ النّكاح وهو ظاهر قول ابن القاسم. وإذا فسخ فهل بطلاق الباجيّ وهو ظاهر قول ابن القاسم أو بغير طلاق وهو ظاهر قول أصبغ وعلى الطّلاق فهل عليه نصف الصّداق وهو قول ابن القاسم في الكتاب أم لا وهو قوله في المجالس. بعض الموثّقين: وعلى الأوّل العمل، وقال بعضهم العمل على الثّاني ثمّ الفسخ بطلاق أو بغيره إنّما هو إذا تمسّكت المرأة بشروطها، وأمّا إن رضيت بإسقاطها فلا وإذا أسقطت فلا كلام لأبيها ولو كانت محجورًا عليها، ورأى ابن العطّار أنّ ذلك في الحجر للأب ولو طلّق قبل علمه بالشّروط ففي لزوم نصف الصّداق قولان، ثمّ نقل عن ابن راشد وهذا كلّه إذا لم يحصل الدّخول وإن دخل فإمّا أن يدخل بعد بلوغه أو قبله فإن دخل بعد بلوغه لزمته الشّروط إن علم بها. ابن القاسم: وإن ادّعى أنّه لم يعلم بها فالقول قوله مع يمينه وقال ابن العطّار: لا يقبل قوله في ذلك وتلزمه بدخوله وأمّا إن دخل قبل البلوغ فذكر المتيطيّ وغيره أنّ الشّروط تسقط عنه وإن علم بها (لأنّ المرأة

قوله: **(على ابنه الصغير)** ظاهره كظاهر النظم أنه لا دخل للوصي في هذا، وكذا المقدم من القاضي، وصاحب المختصر قال: ولولي صغير فسخ عقده بلا مهر ولا عدة وإن زوج بشروط وأجيزت وبلغ وكره فله التطليق، وفي نصف الصداق قولان عمل بهما، والقول لها أن العقد وهو كبير اهـ. فقوله: ولولي يدخل فيه الأب والوصي والمقدم كما لا يخفى، وهذا الشارح حل كلام الناظم بخصوص مع كونه نقل كلام التوضيح وهو قوله في الصغير: يزوج نفسه أو يزوجه وليه بشروط إلخ. وقد قال ابن يونس ما نصّه: وإن تزوج الصغير واشترط عليه شرط فأجاز ذلك وليّه إلخ. ونقلنا في شرحنا هذا عن القاضي إسماعيل وغيره وهو في ابن فرحون على ابن الحاجب وغيره من الشروح، ولكن الناظم تبع من عبر بالأب ولا ينبغي له ذلك، وقد أحسن ابن الناظم حيث قال في حل النظم ما نصّه: الصغير المعقود عليه النكاح في حال صغره على شروط ألزمه عاقده الجائز العقد عليه إياها على وجه النظر له لا يخلو إلى آخر التفصيل المذكور هنا، ومن المعلوم أن الولي يشمل الثلاثة من أب ووصي ومقدم، بل هؤلاء الثلاثة يجبرون الصغير على النكاح وهو قول المتن: وجبر أب إلخ. ويأتي في كلام المدونة هنا دخول الوصي في هذا وهو يشمل المقدم لذلك، يقال وصي من قبل القاضي وغير هذا لا يلتفت إليه على تقدير من يقول به.

مكّنت) من نفسها من لا تلزمه الشّروط وقال ابن بشير: ولو دخل الصّبيّ وقد بلغ عالمًا بالشّروط فهل تلزمه أو لا؟ قولان وإن دخل قبل العلم فثلاثة أقوال تلزمه ولا تلزمه يخيّر الآن ا هـ.

فصل فيمن له الإجبار وما يتعلق به

ثيوبة النّكاح والملك معًا ... للأب الإجبار بها قد منعا

كما له ذلك في صغار ... بناته وبالغ الإبكار

قوله: **(لأن المرأة أمكنت إلخ)** ظاهره ولو كانت صغيرة، وقد قال ابن ناجي في شرح المدونة ما نصّه ابن عبد السلام سقوط المهر ظاهر إذا كانت ثيبًا، وفي هذا نظر إن كانت بكرًا، ولا سيما إن كانت صغيرة وافتضها، فينبغي أن يضمن لها ما شانها كما يضمن ما أفسد أو كسر إن تعذر الرجوع على الناظر لها، واحتجاجه في المدونة بقول مالك فيمن بعث يتيمًا في طلب آبق لا ينهض لأن مسألة العبد فيها تسليط من المالك له، ولا تسليط في مسألة النكاح إذا كانت صغيرة إلاً من غير المالك ولا يلتفت إليه والله أعلم. وما ذكره يرد بأن تسليط الأب كتسليط رب الآبق لأنه المجبر لها، قاله شيخنا أبو مهدي اهـ. بلفظه. ومسألة الآبق هي قول التهذيب: **باب**: وإن تزوج صبي بغير إذن أبيه أو وصيه ومثله يقوى على الجماع، فإن أجازه من يلي عليه جار كبيعه وشرائه يجيزه على وجه النظر، وإن رأى فسخه فإن فسخه قبل البناء أو بعده فلا صداق لها، وكذلك رأى مالك فيمن بعث يتيمًا في طلب آبق فأخذه وباعه وأتلف الثمن أن لرب العبد أخذه ولا عهدة على اليتيم ولا ثمن بخلاف ما أفسد أو كسر، هذا لفظه من النكاح الأول، وكتب عليه أبو الحسن كلامًا حسنًا ومن جملته قوله قال بعض الشيوخ يؤخذ منه أن للأب أن يوكل ابنه الصغير على البيع والشراء أي من قوله: جاز كبيعه وشرائه، قال الشيخ: ويسوغ الاشتراء منه. وقوله: فلا صداق لها لأن وطأه كلا وطء وظاهره وإن افتضها وإنما لا يكون عليه ما شانها لأنها سلطته، هذا لفظه في هذا، وقد نصّوا أن المحجور إذا عامل محجورًا فأتلف ما عامله به أن يرجع على المتلف، انظره في كتاب الوديعة عند قول المصنف: وإن أودع صبيًا. وكلام التوضيح قريب من كلام أبي الحسن، وفي كلام المواق شيء وكذا كلام خ. وكلام أبي الحسن هو المتبع هنا، وما في الوديعة يدل لابن عبد السلام لولا أن المجبر هنا دفع البنت هنا جبرًا عليها، ولكن كلام ابن عبد السلام حيث قيّد الأخذ من الزوج يتعذر الأخذ من الولي ظاهر، إذ الزوجة على ما قاله ابن ناجي يضيع حقها مع كونها لا تسليط منها للزوج لأن تسليطها كلا تسليط بدليل مسألة الوديعة، والولي لا يمضي تصرفه إلاً بما فيه مصلحة والأخذ منه تعذر فافهمه منصفًا، بل قول أبي الحسن لأنها سلطته هو دال على أن المسلط يعتبر تسليطه وذلك في الرشيدة اهـ.

فصل فيمن له الإجبار وما يتعلق به

. . . .

ويستحبّ إذنها والسّيّد بالجبر مطلقًا له تفرّد

ترجم لمن له الإجبار على النّكاح من الأولياء، ومعلومٌ أنّ الأب ممّن يجبر ولمّا كان لا يجبر في القليل من الصّور قدّم الكلام عليه ليتفرّغ لصور الجبر فأخبر أنّ الأب يمتنع إجباره في صورتين: إحداهما: الثّيب بنكاحٍ صحيحٍ أو فاسد كما يصرّح به بعد في قوله وكالصّحيح ما بعقد فاسد. مع كونها حرّةً بالغةً فلا جبر للأب عليها الثّانية: الأمة البالغة الثّيب بوطء السّيّد إذا أعتقت ولها أب حرٌ فلا يجبرها أيضًا، وعلى هاتين المسألتين نبّه بالبيت الأوّل فقوله: والملك بالخفض عطفٌ على النّكاح مدخولٌ لثيوبة وضمير بها للثّيوبة والباء سببيّةٌ أو بمعنى مع وبذكر الثّانية بعد الأولى يظهر أنّه قليل الجدوى (ويحتمل) أن يرفع بالعطف على ثيوبةٍ والمعنى أنّ الملك يمنع الأب من الإجبار ثيّبًا كانت أو بكرًا، فالحرّ الّذي له بنتٌ مملوكةٌ لا جبر له عليها وإنّما يجبرها سيّدها كما يصرّح به في قوله: والسّيّد بالجبر مطلقًا له تفرّد وضمير بها على هذا الاحتمال يعود على الثّيوبة والملك بتأويلهما معًا بالصّفة. وقوله كما له ذلك في صغار بناته الإشارة للإجبار يعني أنّ للأب أن يجبر بنته الصّغيرة الّتي لم تبلغ يعني سواءٌ كانت بكرًا ولا إشكال أو ثيّبًا بأيّ شيءٍ كانت ثيوبتها وقوله: وبالغ الإبكار أي وكذلك للأب جبر ابنته البكر البالغ ثمّ أخبر في البيت الثّالث أنّ الأب وإن كان يجبر البكر البالغ (فإنّه يستحبّ له إذنها) ثمّ أخبر أنّ السّيّد أي المالك انفرد بوصف عن سائر الأولياء وهو الجبر لمملوكه مطلقًا أي يجبر الذّكر والأنثى بالغين أو غير بالغين بكرًا كانت الأنثى أو ثيّبًا وهذا مراده بالإطلاق وفي طرر ابن عات: الثّيوبة الّتي تسقط الإجبار على النّكاح ما كانت عن نكاحٍ صحيحٍ أو فاسد مختلف فيه أو مجمعٍ على فساده أو على وجه الملك كان ذلك الملك بوجه صحيحٍ أو فاسد. وفي معين الحكّام لابن عبد الرّفيع: الثّيّب الصّغيرة إذا رجعت للأب قبل البلوغ فله إجبارها على النّكاح ويزوّجها كما يزوّج البكر وفي المدوّنة: قال سحنونٌ: قلت لابن القاسم أيجوز للرّجل أن يجبر ابنته

قوله: **(ويحتمل إلخ)** فيه بحث من وجوه، **الأول:** إفراد ضمير بها وتأنيثه. **وثانيها:** إيهام أن الأب ولي في الأمة لأنه إنما نفى الإجبار ونفي الأخص لا يستلزم نفي الأعمّ. **ثالثها:** شبه تكرار مع قوله في النظم والسيد بالجبر إلخ، ولكن الأمر قريب في هذا. قوله: **(فإنه يستحب له إذنها إلخ)** هذه المسألة فيها خلاف قوي، فقيل لا يستحب إذنها، وقيل يستحب، واستوفينا ذلك عند قول المتن: ثم أب وجبر المجنونة. ولكن في الموطأ ما نصّه: إن ابن القاسم ومالكًا كانا لا يستأمران بناتهما، قال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا إلخ، وهذا دليل على عدم الندب، وخليل في مختصره لم ينص على هذا الندب صراحة ولا يلزم ذلك من قولهم: إذن البكر صماتها لأن معنى كلامهم إن احتيج إلى إذنها كفى فيه الصمات، وإذنها قد يكون واجبًا كاليتيمة، ومع ذلك فيظهر أن الندب هو الراجح والأمر سهل في هذا، إذ هذا خلاف في ندب أمر وعدمه، وإنما

البكر على النّكاح ولا يستأمرها؟ قال نعم وهو قول مالك كانت بالغًا أو غير بالغ ابن الحاجب والأب يجبر الصّغيرة التّوضيح ظاهره بكرًا كانت أوْ ثيّبًا ولا خلاف في البكر وأمّا الثّيب الصّغيرة ففيها ثلاثة أقوال: الجبر وعدمه وقال ابن القاسم وأشهب يجبرها إن كان زوّجها ثانيًا قبل البلوغ ولا يجبرها بعده لأنّها صارت ثيّبًا بالغًا ثمّ قال ابن الحاجب والبالغ البكر بغير إذن وقيل يستحبّ استئذانها ا هـ وفي الوثائق المجموعة وغيرها استحباب مشاورة الأب ابنته البكر في النّكاح ويظهر من إطلاق الشّيخ القول بالجبر في بالغ الأبكار أنّها (وإن عنّست) أي طالت إقامتها قبل التّزويج فإنّ له جبرها وهو كذلك على ما روى ابن القاسم عن مالك. وقال ابن عرفة: المالك وإن تعدّد يجبر عبده وأمته وفي الجواهر: للسّيّد إجبار العبد الأمّة (ولا يجبر هو لهما) ابن الحاجب: وتوكّل المالكة في أمتها وليّها أو غيره ويوكّل المكاتب في أمته وإن كره سيّده بشرط ابتغاء الفضل الوصيّ ويزوّج رقيق الموصى عليه في المصلحة ومن بعضه حرٌّ لا يجبر ولكنّه كمالك الجميع في الولاية والرّدّ ومن فيه عقد حرّيّة ثالثها يجبر الذّكر ورابعها يجبر من له انتزاع ماله ا هـ. فقوله ولكنّه أي مالك البعض كمالك الجميع في الولاية على الأمة وفي ردّ نكاح العبد والأمة إن تزوّجا بغير إذن السّيّد ا هـ.

والأب إن زوّجها من عبد فهو متى أجبر ذو تعدّ

يعني أنّ الأب وإن كان له جبر ابنته البكر فإنّما له ذلك فيما لا ضرر فيه ولا معرّة أمّا ما فيه ذلك فلا يجبرها عليه فإن جبرها فهو متعدٍّ ولا عبرة بجبره قال في الفيد: وأمّا تزويجها يعني البكر من العبد فيمتنع على كلّ حال لأنّ في ذلك نقصًا ومعرّةً قال ابن عبد الرّفيع في معينه ليس للأب أن يزوّج ابنته من عبد لما يلحقها في ذلك من المعرّة وقال سحنونٌ في السّليمانيّة إذا أراد الأب أن يزوّج ابنته البكر مجنونًا أو مجذومًا أو أبرص أو أسود ومن ليس بكفء. وأبت الابنة ذلك كان للسّلطان منعه لأنّ ذلك ضررٌ ا هـ (ولو أدخل كافًا على عبدٍ) ليدخل غيره ممّن ذكر لكان أحسن.

يصعب الأمر في الخلاف الذي بين المباح والحرام ومسائل أخر كما تراه عند الكلام على ذلك. قوله: **(وإن عنست إلخ)** هذا الذي في المختصر وجبر الأب المجنونة والبكر ولو عانسًا، وكان من حق الناظم ومن شرحه أن يبينوا حكم البكر المرشدة والتي بعدها في المختصر فإنهما لا يجبران وهو قوله: أو بكر أرشدت أو أقامت ببيتها سنة وأنكرت. قوله: **(ولا يجبر هو لهما)** وهذا هو قول المختصر وجبرًا المالك أمة وعبدًا بلا إضرار لا عكسه إلخ. ولكن إذا احتاج العبد وقصد السيد ضرره بعدم تزويجه فيه خلاف قوي، ومقابل ما في المتن قوي وحجته ظاهرة، انظر كلامهم في الشرح للمحل المذكور. قوله: **(ولو أدخل كافًا إلخ)** ولذلك قال في المختصر: إلاّ كخصي، والقاعدة فيما لا يجبرها عليه هو ما يثبت به الخيار لها كما أشار له الباجي، وسيأتي قول المصنف: وفي العبد خلاف والراجح أنه ليس بكفء فيثبت الخيار للمرأة بظهور العبودية.

فرعٌ: قال في المفيد إثر ما تقدّم عنه من منع الأب إنكاح ابنته من عبد فإن اجتمع عليه الأب والابنة وهي رشيدةٌ ولا عصبة لهـا زوّجت منه وإن كانت بكرًا أو ثيّبًا سفيهةً ولها عصبةٌ قريبةٌ منعت وللعصبة منعها من ذلك ا هـ.

وكالأب الوصيّ فيما جعلا أبٌ له مسوّغٌ ما فعلا

(يعني أنّ الوصيّ كالأب) فيما جعل له الأب من إنكاح بناته جبرًا قبل البلوغ وبعده من غير كشف ولا استئمار فإذا جعل له ذلك تنزّل منزلته في جميع ذلك قال في النّوادر قال أصبغ: وإذا قال الأبُ للوصيّ زوّج ابنتي من فلان بعد عشر سنين أو بعد أن تبلغ فذلك لفلان إذا بذل صداق المثل وليس لها ولا للوصيّ أن يأبيا ذلك إلاّ أن يحدث لفلان فسقٌ أو تلصّصٌ، قال في الواضحة أو سقمٌ بيّنٌ فتبطل الوصيّة سواءٌ أحبّت أو كرهت وإنّ لم يحدث منه أنّه تزوّج وكان خلوًا أو اتّخذ السّراري فلا حجّة لها بذلك قال مالكٌ: وإذا أوصى الأب بتزويج البكر بعد موته لزمها ما أوصى به وإن كرهت وبلغت قال الشّارح من إطلاق هذه الرّوايات وأمثالها أخذ أهل كتب الأحكام جعل الإجبار للوصيّ وأنّ النّصّ عليه يرفع حكم اختلاف إن وجد فيه. ا هـ وفي مختصر الشّيخ خليل: وجبر وصيٌّ أمره أبٌ به أو عيّن الزّوج وإلاّ فخلافٌ فرعٌ: قال في المدوّنة وللوصيّ أن يزوّج البكر البالغ برضاها وإن كره الوليّ، ولو رضيت هي ووليّها برجلٍ وعقدا له لم يجز إلاّ برضا الوصيّ، وإن اختلفوا

قوله: **(فرع إلخ)** حاصل هذا الفرع مهما كانت لها عصبة فلهم المنع، وإن اتفقت مع أبيها على العبد وحيث لا عصبة فلا منع إن اتفقت مع أبيها، وأحرى إن كانت لا أب لها رشيدة كانت أو صغيرة أو سفيهة ولا عصبة لها فإن الحاكم لا يمنعها من تزوج العبد وإن كانت محجورة لأن الحجر إنما يكون عليها في مالها لا في ذاتها فافهم. وكلام المفيد فيه بعض إيهام، وهذا الشارح تبع ابن الناظم في التعبير.

قوله: **(يعني أن الوصي كالأب إلخ)** قال في المختصر في هذا وجبر وصي أمره أب به أو عين الزوج وإلاّ فخلاف وهو في الثيب ولي، وابن الناظم وهذا الشارح لم يشرحا قول الناظم:

وكالأب الوصي فيما جعلا أب له مسوغ ما فعلا

على ما تتضح به المسائل. وكلام المختصر رأيته، إلاّ أن قوله وإلاّ فخلاف يظهر من كلام الناس أن الراجح من القولين هو عدم الجبر لأنه إذا اختلف في الجبر الموصى به صراحة فكيف بغيره، قف على الشرح يظهر لك، وتقديم الوصي المجبر على الأولياء ظاهر، والظاهر من كلام الناس في غير المجبر تقديمه على الأولياء أيضًا مطلقًا ولو في رشدها، وقدمنا كلامًا في ذلك عند قول الناظم:

وللوصي العقد قبل الأوليا وقيل بعدهم وما إن رضيا

نظر السّلطان وقال يحيى بن سعيد: الوصيّ أولى من الوليّ ويشاور الوليّ ويزوّج الوليّ الثّيّب برضاها وإن كره الوصيّ، وإن زوّجها الوصيّ أيضًا برضاها جاز وإن كره الوليّ وليس كالأجنبيّ فيها وليس لأحد أن يزوّج الطّفلة قبل بلوغها من قاضٍ أو وصيٍّ إلاّ الأب وحده ا هـ من التّوضيح وحاصله أنّ الوصيّ في البكر مقدّمٌ على الوليّ وأمّا في الثّيّب فهما سواءٌ.

وحيثما زوّج بكرًا غير أب ... فمع بلوغٍ بعد إثبات السّبب

وحيثما العقد لقاضٍ وليّ ... فمع كفءٍ بصداق المثل

يعني أنّ البكر إذا زوّجها غير الأب كأخيها وعمّها ونحوهما كالوصيّ إذا لم يجعل له الأب الإجبار عليها على أحد قولين مشهورين فلا يزوّجونها إلاّ إذا بلغت وثبت سبب تزويجهم لها من كونها لا أب لها أو لها أبٌ مفقودٌ (أو أسيرٌ في بلد للعدو) وغير ذلك من الأسباب الّتي تذكر، أمّا اشتراط البلوغ فلأنّها لا يزوّجها غير الأب إلاّ برضاها ولا عبرة برضا غير البالغ. وأمّا ثبوت السّبب فإنّ ذات الأب إذا زوّجها غيره يفسخ نكاحها إلاّ لسبب كما يذكر قريبًا، ولا يشمل قوله غير الأب الوصيّ الّذي جعل له الأب الإجبار قبل البلوغ وبعده لأنّه بمنزلة الأب سواءٌ، ولا يتوقّف إنكاحه إيّاها إلاّ على ثبوت كونه وصيًّا من قبل الأب فلذلك ينسخ رسم الإيصاء أعلى الصّداق والصّداق أسفل وهذا أولى وبعضهم يختصر ويقول الموثّق في رسم الصّداق أنكحه إيّاها الوصيّ عليها من قبل أبيها وهو فلانٌ حسبما ذلك في علم شهيديه أو بشهادة شهيديه، وكذلك إذا عقد القاضي نكاح بكر لكونها لا وليّ لها من النّسب ولا وصيّ عليها ولا كافل، أو غاب أبوها غيبةً بعيدةً كإفريقيّة من مصر فلا تزوّج أيضًا إلاّ بعد البلوغ وثبوت النّسب الّذي من جملته كفاءة الزّوج لها وكون ما بذل لها هو صداق مثلها من مثله وشمل قوله غير الأب القاضي وإنّما ذكره وإن كان من عطف خاصٍّ على عامٍّ لرفع توهّم قصور الحكم على وليّ النّسب والوصيّ وصرّح بأنّ القاضي كذلك ولم يصرّح النّاظم باشتراط البلوغ في إنكاح القاضي ولا بدّ منه بل هو أحرى بالنّسبة لوليّ النّسب ويأتي التّصريح به والله أعلم. قال في النّوادر: قال ابن القاسم وإذا رفعت امرأةٌ إلى الإمام أمرها بالتنكح كشف عنها فإن لم يكن لها وليٌّ زوّجها برضاها إذا دعت إلى كفء في الحال والمال والقدر وقال في المدوّنة: لا يجوز للوليّ ولا للسّلطان ولا لأحد من الأولياء أن يزوّجها بأقلّ من صداق مثلها وفي المتيطيّة: وإن كانت الزّوجة بكرًا فينبغي أن يثبت عنده بالعدول أنّها يتيمةٌ بكرٌ بالغٌ في سنّها خلوٌّ من زوج وفي غير عدّة منه، وأن لا وليّ لها يعقد نكاحها في علمهم وأنّ الزّوج كفءٌ لها في حاله وماله وأنّ الّذي بذل لها من المهر مهر مثلها ا هـ وقد اشتمل كلام النّوادر وما بعده على عشرة أسباب أن لا يكون

قوله: (أو أسير في بلد للعدو إلخ) مسألة الأسير والفقيد واحدة وفيها تفصيل يطول ذكرناه

لها وليٌّ ورضاها بالزّوج وبالصّداق والزّوج كفءٌ لها وأنّ ما بذل لها من الصّداق هو صداق مثلها وأنّها يتيمةٌ بكرٌ بالغٌ خلوٌ من زوجٍ وفي غيرِ عدّة، وزاد الجزوليّ كونها صحيحةً بالغةً غير محرمة ولا محرّمة على الزّوج وأنّها حرّةٌ. (قال الحطّاب فإن زوّجها) القاضي من غير إثبات ما ذكر فالظّاهر أنّه لا يفسخ حتّى يثبت ما يوجب فسخه قال ولم أر في ذلك نصًّا انتهى.

وتأذن الثّيّب بالإفصاح والصّمت إذن البكر في النّكاح

واستنطقت لزائدٍ في العقد كقبض عرضٍ أو كزوجٍ عبدٍ

تقدّم أنّ الثّيّب البالغ الحرّة لا تجبر وإنّما تزوّج بإذنها ورضاها وكذلك البكر غير ذات الأب وغير ذات الوصيّ الّذي جعل له الإجبار لا تجبر أيضًا، وأفاد النّاظم هنا أمرًا زائدًا على مطلق الإذن، والرّضا وهو أنّ إذن الثّيّب يكون بالنّطق والإفصاح عن الرّضا ولا يكفي فيها الصّمت، وأنّ إذن البكر صمتها فإن نطقت فأولى، وإلى هذا أشار بالبيت الأوّل والأصل في ذلك قوله ﷺ: «البكر تستأمر فإذنها صماتها والثّيّب تعرب عن نفسها»[٥٦] ثمّ ذكر في الثّاني أنّ البكر تستنطق أي يطلب نطقها في مسائل وكأنّها في معرض الاستثناء عن قوله والصّمت إذن البكر في النّكاح (قال الشّارح ووجه ذلك ظاهرٌ) فإنّ مطلق النّكاح الجاري على صريح العادة هو الّذي اكتفى فيه الشّارح بصمت البكر دليلاً على رضاها الملزم لها حكم انعقاده عليها، وأمّا ما زاد على ذلك من حكم المعاوضة في الصّداق لكونه عرضًا عوضًا عن المعتاد من الدّنانير والدّراهم أو من كون الزّوج عبدًا أو من كذا فليس ذلك بمحلٍّ يكتفى فيه بالصّمت دليلاً على الرّضا، فيرجع في ذلك إلى الأصل الّذي هو الكلام المعرب عمّا ينطوي عليه الضّمير قال في المنهج السّالك: والمستأذنات في النّكاح على قسمين: أبكارٌ

عند قول المتن: وفسخ تزويج حاكم إلخ، وقول المتن: وإن أسر أو فقد فالأبعد فيه كلام، قوله: **(قال الحطاب فإن زوجها إلخ)** هذا ظاهر ولكن لا يقدم على ذلك ابتداء وإنما هذا بعد الوقوع والنزول، ويدل لما قاله الحطاب ما ذكره ابن حبيب أن من تزوج امرأة معتقد أنها في العدة فتبين أنها خلاف ما اعتقد أن النكاح صحيح وهو حتى في المواق عند قول المتن: كمسلم شك في الإتمام إلخ.

قوله: **(قال الشارح: ووجه ذلك إلخ)** هذا كلام جيد قوي.

---

(٥٦) [حديث صحيح]: أخرجه مسلم (١٤٢١)، وأبو داود (٢٠٩٨)، والترمذي (١١٠٨)، والنسائي (٣٢٦٠، ٣٢٦١، ٣٢٦٢، ٣٢٦٣، ٣٢٦٤)، وابن ماجه (١٨٧٠)، وأحمد في المسند (٢١٩/١، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٤، ٢٤٥، ٣٦٢)، وعبد الرزاق في المصنف (١٢٠٨٣)، والدارمي (٢١٨٨، ٢١٨٩، ٢١٩٠)، وابن حبان في صحيحه (٤٠٨٤، ٤٠٨٧، ٤٠٨٨، ٤٠٨٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (١١٨/٧، ١٢٢)، والبغوي في شرح السنة (٢٢٥٤).

وثيّباتٌ، فـإذن البكر يكون بالصّمت ويكون بالقول، وإذن الثّيّـب لا يكون إلاّ بالقول وقد استـقصى الإمام القـاضي أبو عبد الله المقـري كلّ من يلزمها الكلام من الأبكار فـقال في كلّيّاته الفقهيّة: كلّ بكرٍ تستأمر فإذنها صـماتها إلاّ المرشدة والمعنّسة والمصدّقة عرضًا والمعلّمة بعد العـقد بالقرب والمزوّجـة ممّن فيه رقٌّ أو عيبٌ والـصّغيرة المنكحـة للخوف بعد العـشر ومطالعة الحاكم والمشتكية بالعضل ا هـ. ولابن القاسم الجزيريّ: أنّ المرشدة يكتفى في إذنها بالصّمت وأن لا إذن إلاّ للبالغـة ا هـ. وفي التّوضيح في عدّ هذه النّظائر الثّـانية، والمرشدة ذات الأب كذا في نسخةٍ منه وفي الأخـرى كان لها أب أم لا ا هـ والمعنّسة هي الّتي طالت إقامتها ببـيت أبيها حتّى عرفت مصالحها قـال ابن القاسم: وسنّها أربعون وقال ابن وهب: ثلاثون والمراد بالمعنّسة اليـتيمـة وأمّا ذات الأب فقد تقـدّم أنّ الأب يجبرها فلا يحـتاج إلى إذنها، وقيّـد في التّوضيح المصدّقـة عرضًا باليتيـمة الّتي لا وصيّ لها، والمعلمة بعـد العقد بالقرب هي الّتي عقـد عليها وليّها قبل أن تأذن له، ثمّ بلغهـا ذلك ورضيت بالقرب، وهذا ظاهرٌ أنّها يتـيمةٌ أيضًا، إذ لو كـانت ذات أبٍ لم يحتج لإذنها، وكـذا المزوّجة لذي رقٍّ أو عيب يتـيمـةٌ أيضًا. (والحاصل أنّ هذه السّبع كلّها في اليـتيمـة إلاّ المرشدة والّتي عـضلها الوليّ، فلا فرق بين أن تكون يتيمةً أو ذات أبٍ).

قوله: **(والحاصل أن هذه السبع كلها في اليتيمـة إلاّ المرشدة والتي عضلها الولي فلا فرق بين أن تكون يتيمة أو ذات أب إلخ)** هذا فيه نظر مع قول المخـتصر: وشرحنا له بكلام الناس، وذلك أن صاحب المخـتصر قال: والثـيب تعرب كبكر رشدت أو عـضلت أو زوجت بعرض أو برق أو عيب أو يتيـمة أو افتيت عليـها، وقال قبـيل هذا: ورضا البكر صمت إلخ. فقـوله: ورضا البكر صمت إلخ هو في غـير المجبـرة من أب ووصي أو مالك كمـا لا يخفى. وقوله: كـبكر رشدت ظاهره كان لهـا أب أو لا وهو كذلك، ويلزم من صحـة الرشد البلوغ لأنه لا رشد للصغـيرة وإن ظهر منها السداد كما قاله ابن رشـد خلافًا لمن غلط في هذا وبيّناه في الشرح. وقوله: أو عضلت ظاهره عضلها أبوها أو غيـره من الأولياء وهو كذلك كما في المتيطي وابن فـتوح قبله. وفهم من قوله: عضلت أنها بالغ لأن الصغيرة لا يعد منعها من النكاح عضلاً كما بيّناه في الشرح عند قول المتن: ولا يعضل أب بكرًا إلخ. وقـوله: أو زوجت بعرض إلخ هذه فيهـا خلاف قوي هل لا بدّ من نطقها أم لا؟ نقلناه في الشرح. وقوله: أو زوجت هو في المهملة، وإلاّ فوصيها هو الذي ينظر في الصداق، وأما ذات الأب فـهي مجبرة، مع أن من زوجت بعرض لا بدّ من نطقـها على قول راجح وإن كان له وصي، وقـول راجح أنها إنما يطلب نطقهـا إن لم يكن لها وصي وبيّنا ذلك في الشرح، وهـذه المزوجة بالعـرض بالغة أيضًـا لقول المتن: ثم لا جـبر، فـالبالغ إلاّ يتـيمـة خيف فسادها، واليتيـمة إنما تكون صغيرة كما تراه إن شاء الله تعـالى هنا قريبًا. وقوله: أو برق أي ذي رق كان خالصًا أو مشوبًا كما في المكاتب. وقوله: أو عيب أي من ذي عيب، وتقدم أن الأب لا يجبر البكر على العبد وذي العيب وهو قول المتن: إلاّ لكخصي، وعليه فلا فرق بين أن يكون لها

قال الشّيخ ابن غازيٍّ في شفاء الغليل: وقد استوفينا الكلام عليهنّ في تكميل التّقييد وتحليل التّعقيد ونظمناه في رجزٍ وهو:

سبعٌ من الأبكار بالنّطق خليق ... من زوّجت ذا عاهةٍ أو من رقيق

أو صغرت أو عنست أو أسندت ... معرفة العرض لها أو رشدت

أو رفعت لحاكمٍ عضل الوليّ ... أو رضيت ما بالتّعدّي قد ولي

قال مقيّد هذا الشّرح عفا الله عنه: وقد ذيّلتها ببيتٍ وهو

وكلّهنّ ذات يتمٍ ما سوى ... من رشدت أو عضلت فهي سوا

أي فهي ممّن ينطق سواءٌ كانت يتيمةً أو ذات أبٍ والله أعلم. وقد ذكر الشّيخ خليلٍ هذه النّظائر وأسقط منها المعنّسة فقال: والثّيّب تعرب كبكرٍ رشّدت أو عضلت أو زوّجت بعرضٍ أو برقٍّ أو عيبٍ أو يتيمةٍ أو افتيت عليها.

فرعان: الأوّل: قال ابن الحاجب: فإن قالت ما علمت أنّ الصّمت إذنٌ لم يقبل على الأصحّ قال في التّوضيح: لأنّه مشتهرٌ ولعلّ مقابل الأصحّ مبنيٌّ على وجوب إعلامها، وإلاّ فلو كان استئذانها مستحبًّا بلا خلاف لما صحّ أن تعذر بالجهل واختار عبد الحميد أن ينظر إلى أمر هذه الصّبيّة فإن علم منها البله[57] وقلّة المعرفة قبل منها وإلاّ، فلا فائدةٌ: مسائل لا يعذر فيها بالجهل منها هذه، ثمّ عدّ منها نحو الأربعين مسألةً، وقد نظمها الشّارح بهرام في الكبير ونظمها غيره كسيّدي عليٍّ الزّقّاق في المنهج المنتخب حيث قال هل يعذر ذو الجهل أو لا؟ والّذي قد حقّقا إلى تمام تسعة أبيات. الثّاني: تقدّم من جملة هذه النّظائر المرأة الّتي عقد عليها وليّها قبل أن تأذن له، وهذا يقتضي أنّ الولاية حقٌّ للمرأة، فلا يعقد عليها

أب أم لا، ولكن هي بالغة لأنها لو كانت صغيرة ولا أب لها لم تزوج، ولو كان لها أب فإنه لا يجبرها على ما ذكر كالبالغ والحاصل ليست بيتيمة. وقوله: أو يتيمة هذه هي قول المتن إلاّ يتيمة خيف فسادها إلخ. وقوله: أو افتيت عليها أخّرها المصنف للكلام فيها وهو قوله: وصحّ إلخ. وهذه بالغة لا أب لها لأن البكر ذات الأب مجبورة، وعلى تقدير الافتيات عليها فنكاحها فاسد وهو قول المتن: وفسخ تزويج حاكم إلخ. ولا يصحّ فيها قول المتن. وصحّ أن قرب رضاها فذات الأب لا تدخل في هذا كانت كبيرة أو صغيرة، والصغيرة التي لا أب لها لا يزوجها الغير، وعلى تقدير الافتيات عليها لا يصحّ فيها قول المتن: وصحّ إن قرب رضاها إلخ. والوصي المجبر في حكم الأب في هذه الأبكار وهذا كله في البكر بدليل قول المتن كبكر إلخ وقنّا تبين أن هذه الأبكار كلهن غير يتامى إلاّ قوله أو يتيمة ولذلك صرّح باليتم فيها خلاف ما ذكره هذا الشارح وغيره من

---

(57) البله: هو قلة العقل وغلب الغفلة.

الوليّ إلاّ بتفويضٍ من المرأة له على ذلك وهو كذلك، لكن هذا فيما عدا الأب وهو قول ابن القاسم بكرًا كانت أو ثيبًا وأنكر ذلك ابن حبيب وقال هو حقٌّ له قد استخلفه اللّه عليه والوليّ أحقّ به منها فهما قولان ذكرهما في التّوضيح في شرح قوله وبقيّة الأولياء يزوّجون.

وثيّبٌ بعارضٍ كالبكر وبالحرام الخلف فيها يجري

كواقعٍ قبل البلوغ الوارد وكالصّحيح ما بعقدٍ فاسدِ

يعني أنّ الثّيوبة الحاصلة بأمرٍ عارضٍ كحمل شيءٍ ثقيلٍ أو بالقفزة أو بكثرة الضّحك، فإنّها كالعدم وكأنّها ما زالت بكرًا قائمةً العذرة وتستمرّ عليها حكم الجبر الّذي على البكر، وأمّا إن حصلت الثّيوبة بحرامٍ أي بزنا أو غصبٍ ففي بقاء الجبر عليها وانقطاعه قولان التّوضيح: (القول بالجبر مذهب) المدوّنة والقول بعدمه في الجلاب، ثمّ شبّه في الحكم السّابق وهو استمرار الجبر وعدم انقطاعه ما إذا حصلت الثّيوبة بنكاحٍ واقعٍ قبل البلوغ، ثمّ مات الزّوج أو طلّق ورجعت قبل البلوغ أيضًا ولا إشكال، والإجبار هنا متّفقٌ عليه وإن رجعت بعد البلوغ ففي الجبر قولان ظاهر النّظم الجبر لإطلاقه في النّكاح الحاصل قبل البلوغ، وأمّا الثّيوبة بالنّكاح الفاسد فإنّها كالصّحيح لا جبر معها قال في المقصد المحمود: والثّيوبة غير مسقطة للإجبار إن كانت من غير نكاحٍ أو من نكاحٍ فرجعت إليه قبل البلوغ واختلف إن بلغت هل يستمرّ الإجبار أو يرتفع؟ وقال ابن عات في طرره: واختلف هل كانت الإصابة من زنا أو غصب فقال في المدوّنة: تجبر كالبكر قال عبد الوهّاب: الغصب والطّوع سواءٌ يجبران وقال ابن الجلاب: الثّيّب بنكاحٍ أو زنا سواءٌ لا تجبر. وفي سماع عيسى: قال ابن القاسم: وإذا زوّج ابنته البكر فابتنى بها زوجها قبل أن تبلغ المحيض، ثمّ طلّقها أو مات عنها وهي غير بالغٍ فتزويجه جائزٌ عليها من غير مؤامرتها ما لم تحض وهو

شراح المختصر، وبيان ما أشرنا إليه أن غير قول المتن بيّنًا أن ذلك إنما يتصور في الأبكار البالغات كما رأيته، والبالغة لا يقال فيها يتيمة، فللّه درّ هذا الإمام في اختصاره العجيب ونسجه الغريب حيث قال: أو يتيمة، والعطف يؤذن بالمغايرة وأن غيرها غير يتيم كان لها أب أم لا، وإنما أعاد اليتيمة هنا باعتبار أنه لا بدّ من نطقها لأنه لم يقدمها عند قول المتن: إلاّ يتيمة خيف فسادها، وقد غلط في هذا بعضهم، وبيان كون اليتيم خاصًا بالصغير الذي لا أب له ذكرًا كان أو أنثى بيّناه في الشرح قف عليه إن ارتبت وقد نص على ذلك الحفيد. وقال ابن عطية: اليتم في كلام العرب فقد الأب قبل البلوغ إلخ. وفي القاموس: وقد يتم كضرب وعلم يتمًا ويفتح ما لم يبلغ الحلم الجمع أيتام ويتامى إلخ. وذكر هذا المفسرون، والكشاف قال: قد غلبت التسمية بذلك قبل البلوغ.

قوله: **(القول بالجبر إلخ)** هذا هو المشهور كما في الفشتالي وغيره، ولذلك قال في المختصر

قـول مالك وفي المقـرّب: قلت له: أرأيت إن زنت البكر فـحدّت أو لم تحـدّ أيكون له أن يزوّجهـا بغير رضاها؟ قـال نعم وفيه أيضًا: قـال سحنونٌ: قلت لابن القاسم فـإن زوّجها تزويجًا حرامًا فدخل بها زوجها وجامعهـا، ثمّ طلّقها أو مات عنها ولم يتباعد ذلك فقال: ليس له أن يزوّجـها إلاّ برضاها (لأنّه نكاحٌ يدرأ بـه الحدّ) ويلحق فيـه الولد (والعدّة فـيه) كالعدّة في النّكاح الحلال ا هـ.

وإن يرشّـــدها الوصيّ مـــا أبي فـيـــهـــا ولاية النّكـاح كـــالأب

يعني أنّ الوصيّ إذا رشّـد محجـورته وأطلق يدها على التّصـرّف في مالهـا فإنّ ولاية نكاحهـا لا تنعزل عنها كالحكم في أبيـها الّذي جاء الوصيّ بسببه، فكما أنّ خروجـها من حجـر الأب لا يقطع نظره عنهـا في الولاية فكذلك خروجـها من حجـر الوصيّ الّذي هو بسببه لا يقطع نظره عنهـا في الولاية اللّهمّ إلاّ أن يكون هناك من الأولياء من يتـقدّم على الأب وهو الابن فكذلك يتـقدّم على وصيّه قـال في طرر ابن عات: انظر إذا رشّـد الوليّ محجـورته هل تسقط الولاية عنها أو لا؟ قال ابن رشد رحـمه الله: لا أذكر في ذلك نصّ رواية والّذي يوجبه النّظر أنّ ولايته بها في النّكاح لا تسقط بتمليكه إيّاها أمر نفسها لأنّه قد صار وليًّا من أوليائها بإقامة الأب إيّاه لها مـقام نفسه فوجب أن لا تسقط ولايته عنها إلاّ بما كانت تسقط به ولاية الأب عنها، والأب لو رشّدها لم تسقط بذلك ولايته عنها فكذلك هو فتدبّر ذلك ا هـ. (قال الشّارح): أقول: العـجب من ابن رشد كيف قال لا أذكر نصّ رواية مع ما ذكره المتيطيّ من الخلاف عن العتبية واعتمد الشّيخ ما نقله المتيطيّ عن أصبغ وأشهب وذهب إليه ابن رشد أي من كـون الوصيّ أولى من الوليّ في الثّيّب إن خرجت من الولاية دون قول ابن الماجشون وسحنون ودون مـا رجّحه اللّخميّ من كون الوليّ أحقّ من الوصيّ ا هـ أي وإذا كان الخلاف في أيّهـماً أولى فإنّ ذلك يستلزم بقاء ولاية الوصيّ بعـد ترشيدها وأنّ ولايته لم تسقط، إذ الخلاف إنّما هو فيما وراء ذلك وهو أيّهما أولى ومطلق بقاء ولايته هو

أو بحرام إلخ، وكـان من حق هذا الشارح أن يـشير لذلك حـيث لم يشر له الناظـم، ولكن عزو الجبـر للمدونة هو فـيه إشعـار بأن الجبـر هو المشهور، وقـول الناظم: وبالحرام إلخ يشـمل الزنا والغصب والمغصوبة أقرب للجبر، ولذلك قال ابن عرفة ما نصّه ابن رشد: غصبها كزناها، قلت: هذه أقرب للجبر اهـ. بلفظه وهو حسن غاية، ويدل لذلك أن أكثرهم إنما يذكر الزنا والتعليل يدل له لأن الزانية قلّ حياؤها كذلك المغصوبة فافهم هذا.

قوله: (**لأنه نكاح يدرأ به الحد إلخ**) وزيد على هذه العلل أنها عرفت مـا عرفته مـن تزوجت بنكاح غير فاسد. وقوله: (**والعدة فيه إلخ**) عبارة المقدمات والاعتـداد في بيتها وهي أبين. قوله: (**قال الشـارح إلخ**) كلام حـسن مع أن الأكثـر على أن الوصي مقـدم في المرشدة علـى الأولياء، وقدمنا هذا عند قول الناظم: وللوصي العقد قبل الأولياء إلخ.

الّذي في البيت وسيعيد النّاظم هذه المسألة في باب الحجر حيث قال:

وحيث رشد الوصيّ من حجر ... ولاية النّكاح تبقى بالنّظر

فصل في حكم فاسد النكاح وما يتعلق به

وفاسد النّكاح مهما وقعا ... فالفسخ فيه أو تلافٍ شرعا

فما فساده يخصّ عقده ... ففسخه قبل البنا وبعده

وما فساده من الصّداق ... فهو بمهر المثل بعد باق

يعني: أنّ النّكاح إذا وقع فاسدًا فإنّه يرجع فيه إلى أحد وجهين: إمّا الفسخ وإمّا التّلافي والتّدارك، فما كان فساده لفساد عقده فالحكم فيه الفسخ سواءٌ عثر عليه قبل البناء أو بعده، وما فسد لصداقه فإنّه يفسخ قبل الدّخول ويثبت بعده بمهر المثل ونحوه في الرّسالة وغيرها (قال الشّارح) والظّاهر من الشّارع في عقود هذه المعاملات أنّها مهما وقعت مخالفةً لما استقرّ منها شرعًا وكانت المخالفة فيها ممّا يمكن تلافيها ويتأتّى استدراك الأمر فيها فإنّ المشروع فيها الإصلاح والاستدراك والتّلافي لما فرض اختلاله من الأركان والتّحصيل لما وقع إهماله من الشّروط، ومهما كانت المخالفة فيها ممّا لا يمكن تلافيها ولا يتأتّى استدراك الأمر فيها لخروج الماهيّة عمّا قصد بها شرعًا أو منافاتها لما استقرّت عليها وضعًا فإنّ المشروع فيها الفسخ والإبطال قال ابن عرفة: والعقد الملزوم للتّلاقي فاسدٌ مطلقًا لعدم قبوله التّصحيح كنقل ابن شاسٍ تزويج عبده بجعله مهره فاسدًا لأداء ثبوته لنفيه ولمنافاة الملك للنّكاح لو ثبت بخلاف كون المهر خمرًا. وقال ابن القاسم الجزيريّ: والفساد على وجهين: فسادٌ في العقد وفسادٌ في الصّداق، فالفساد لعقده على ضربين وجهٌ متّفقٌ عليه عند الأئمّة ووجهٌ مختلفٌ فيه فالمتّفق عليه كذوات المحارم فيفسخ أبدًا بغير طلاقٍ ولا موارثة فيه (ولا خلع) وفيه المسمّى بعد البناء ويلحق به الولد ويحدّ إن كان عالمًا وهذه إحدى المسائل الّتي يلحق فيها الولد مع وجوب الحدّ وهي قليلةٌ والمختلف فيه كنكاح الشّغار والمحرّم وشبه ذلك فالفسخ فيه بطلاقٍ ويمضي فيه الخلع وهو آخر قول ابن القاسم لرواية بلغته عن مالك وقد كان يقول: كلّ نكاحٍ يكونان مغلوبين على فسخه يفسخ بغير طلاقٍ كنكاح المحرم وشبهه والفاسد لصداقه كالنّكاح بغررٍ أو حرامٍ أو بمجهولٍ في صداقٍ أو أجلٍ فيفسخ قبل البناء ولا

فصل في حكم فاسد النكاح وما يتعلق به

قوله: (قال الشارح) هذا كلام حسن، ولكن انظر كلام الناس في شرح المختصر عند قوله: وما فسد لصداقه إلى آخر تلك المسائل. قوله: (ولا خلع) هو قول المختصر في فصل الخلع فيما

صداق فيه ويثبت بعده ويجب صداق المثل ا هـ. وفي مختصر الشّيخ خليلٍ: وهو طلاقٌ إن اختلف فيه كمحرّم وشغارٍ والتّحريم بعقده ووطئه وفيه الإرث إلا نكاح المريض وإنكاح العبد والمرأة لا إن اتّفق على فساده، فلا طلاق ولا إرث كخامسة وحرّم وطؤه فقط وما فسخ بعده فالمسمّى وإلاّ فصداق المثل وسقط بالفسخ قبله، ويأتي للنّاظم قبل باب النّفقة:

وفسخٌ فاسدٍ بلا وفاق ... بطلقةٍ تعدّ في الطّلاق

ومن يمت قبل وقوع الفسخ ... في ذا فما لإرثه من نسخ

وفسخ ما الفساد فيه مجمعٌ ... عليه من غير طلاقٍ يقع

وقال ابن القاسم الجزيريّ: (وهذه إحدى المسائل) الّتي يلحق فيها الولد إلى آخر هذه النّظائر أشار لها سيّدي عليٌّ الزّقّاق بقوله آخر المنهج المنتخب: ونسبٌ والحدّ لن يجتمعا. الأبيات الثّلاثة انظرها في شرحه وانظرها آخر باب الاستلحاق من التّوضيح في شرح قول ابن الحاجب ويحدّ الواطئ العالم إلخ ويأتي ذكرها قريبًا إن شاء اللّه تعالى.

وحيث درء الحدّ يلحق الولد ... في كلّ ما من النّكاح قد فسد

يرد فيه ما وقع به الخلع ما نصّه: أو لكونه يفسخ بلا طلاق. تنكيت: ظاهر تقرير هذا الشارح أولاً وكلام الجزيري أن كل ما هو فاسد لصداقه إنما يفسخ قبل البناء وكل ما فسد لعقده، ويفسخ قبل وبعد، وقد قال في المختصر: وفسخ موصي وإن يكتم شهود من امرأة أو منزل أو أيام إن لم يدخل ويطل وعوقبا والشهود وقبل الدخول وجوبًا على أن لا تأتيه إلاّ نهارًا أو بخيار لأحدهما أو غير، أو على إن لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح وجاء به وما فسد لصداقه أو على شرطٍ يناقض كأن لا يقسم لها أو يؤثر عليها أو ألغي مطلقًا كالنكاح لأجل، أو إن مضى شهر فأنا أتزوجك إلخ، فنكاح السر فيه المسمى بالوطء كما في التهذيب عن ابن شهاب، ويفسخ بطلقة كما قاله ابن حبيب، ويفسخ ما لم يقع دخول وطول فلا يفسخ، فإن كان فاسد الصداق فيحتاج أن يفوت بالدخول وإن لم يقع طول على ما قاله الجزيري، وإن كان لعقده فيحتاج أن لا يفوت بالدخول والطول بل يفسخ أبدًا. وقول المختصر: وقبل الدخول وجوبًا على أن لا تأتيه إلخ هذه هي النهاية كما في التوضيح وابن ناجي وغيرهما ومرّ المصنف فيها، على أن الفسخ إنما هو قبل الدخول على المشهور، واختلف هل لها صداق المثل بالدخول واستظهر لما في الشرط من التأخير أو المسمّى كما في البيان، وقول المختصر: أو بخيار إلخ فيه المسمّى بالدخول كما في التهذيب، ونقل عياض صداق المثل عن أصل الأسدية، ونقله ابن يونس في مسألة إن لم يأت بالصداق إلخ. وقال صاحب الاستلحاق: والقول بالفسخ في الخيار أبدًا أظهر لأن فساده لعقده، وانظر تمام المسائل في شرح كلام المختصر إن شئت، وإنما نبهناك على أن هذه أمور لا يكفي فيها ما اقتصر عليه هذا الشارح، ويكفي في ذلك نكاح السر فافهم.

(وللّتي كـان بهـا استـمتـاع صـداقـهـا لـيس له امـتناع)

يعني أنّ النّكاح الفاسد المتّفق على فساده إن درئ فيه الحدّ عن الواطئ كنكاح المعتدّة أو ذات محرم أو رضاع غير عالم بها فإنّ الولد يلحق به ومفهومه إن لم يدرأ فيه الحدّ فإنّ الولد لا يلحق به لأنّه زنا يريد إلاّ في المسائل الّتي يحدّ فيها الواطئ ويلحق به الولد فيجتمع فيها الحدّ والنّسب فهذا القيد في المفهوم وذلك من يتزوّج المرأة ويقرّ أنّه طلّقها ثلاثًا وعلم أنّها لا تحلّ له إلاّ بعد زوج ووطئها وأولدها فيحدّ ويلحق به الولد أو يتزوّج المرأة، ثمّ يقرّ أنّها خامسةٌ ويطؤها وهو يعلم أنّها لا تحلّ له أو يتزوّج المرأة ويطؤها وهو يعلم أنّها لا تحلّ له بنسب أو رضاع مع علمه بعدم حلّيّة ذلك فيحدّ ويلحق به الولد في المسائل الثّلاث وإليها أشار سيّدي عليٌّ الزّقّاق بقوله:

ونسبٌ والحدّ لن يجتمعا إلاّ بزوجاتٍ ثلاثٍ فاسمعا

مبتوتةٍ خامسةٍ ومحرم وأمتين حرّتين فاعلم

فالزّوجات الثّلاث من هذه، والأمتان الحرّتان هما من يشتري أمةً ممّن تعتق عليه ويولّدها، ثمّ يقرّ أنّه وطئها عالمًا بذلك أو من يشتري الأمة فيولّدها، ثمّ يقرّ بحرّيّتها وشرائها مع علمه بحرّيّتها، وأمّا قوله وللّتي كان بها استمتاع البيت فيعني بذلك أنّ الرّجل إذا دخل بالمرأة في النّكاح الفاسد الّذي يفسخ ولو دخل فإنّ لها صداقها كاملاً إن كان نكاح تسمية (وإن كان تفويضًا) فصداق المثل وتقدّم قوله في المختصر وما فسخ بعده فالمسمّى وإلاّ فصداق المثل والمراد بالاستمتاع في البيت الوطء بدليل وجوب الصّداق كاملاً، وأمّا مقدّماته، (فلا يجب بها كلّ الصّداق).

قوله: (وهذه إحدى المسائل إلخ) هذه المسائل تحتاج إلى بسط في تعليلاتها، وقد ذكرنا ذلك في فصل الزنا عند قول المختصر: ومملوكة تعتق أو يعلم حريتها فانظرها إن شئت هناك. وقول الناظم: (وللتي كان بها استمتاع صداقها ليس له امتناع) يشمل ما يفسخ بعد البناء كنكاح السر ونحوه، ونكاح الشغار كما تراه هو كنكاح السر، وما لا يفسخ كالفاسد لصداقه، وتخصيص الشارح له بما يفسخ بعده لا يخفاك ما فيه، ولذلك خ لما فرغ من الأنكحة الفاسدة لعقدها وصداقها قال: وما فسخ بعده فالمسمى وإلاّ فصداق المثل وسقط وبالفسخ قبله إلخ. وكلام ابن الناظم لا بأس به.

قوله: (وإن كان تفويضًا إلخ) ظاهره أن هذا إنما يتصور في نكاح التفويض فقط وليس كذلك، لأن الأنكحة الفاسدة لصداقها يلزم فيها صداق المثل بالدخول، ففي المدونة: من نكح على آبق أو شارد أو جنين في بطن أمه أو بزرع لم يبد صلاحه أو على دار فلان فسخ النكاح في ذلك كله قبل البناء وثبت بعده ولها صداق المثل وترد ما قبضت من آبق إلخ. قوله: (فلا يجب

(والعقد للنكاح) في السرّ اجتنب ولو بالاستكتام والفسخ يجب

يعني أنّ نكاح السرّ ممنوعٌ يجب اجتنابه ويفسخ إن وقع وإن كان السرّ فيه باستكتام الشّهود. قال في المقرّب: قلت: ولو أنّ رجلاً نكح ببيّنة، وأمرهم أن يكتموا ذلك أيجوز هذا النّكاح؟ قال لا وإن كثرت البيّنة والنّكاح بذلك مفسوخٌ إذا كان أصله على الاستسرار، وأمر الشّهود بكتمانه ابن الحاجب: ونكاح السرّ باطلٌ والمشهور أنّه المتواصى بكتمه وإن أشهدا فيه ويفسخ بعد البناء وإن طال على المشهور وقيل هو الّذي دخل ولم يشهد فيه التّوضيح: المشهور مذهب المدوّنة أنّ نكاح السرّ هو المتواصى بكتمه ولو كانوا مائة شاهد، ثمّ قال: وإنّما يفسد على المشهور إذا أوصى بالكتمان قبل العقد، وأمّا لو أوصى الشّهود بالكتمان بعد العقد فإنّه صحيحٌ ويؤمرون بإشهاره أشهب، وهذا إذا لم تكن له نيّةٌ، وإن نكح على نيّة الاستكتام بعد العقد فليفارق وقال أصبغ: لا أرى أن يفسخ إذا لم يكن إلاّ ضميرٌ في نفسه لأنّه لا بأس أن يتزوّج ونيّته أن يفارق.

(والبضع بالبضع هو الشّغار وعقده ليس له قرار)

قال في التّوضيح: أصل الشّغار في اللّغة الرّفع من قولهم: شغر الكلب رجله إذا رفعها ليبول، ثمّ استعملوه فيما يشبهه فقالوا: أشغر الرّجل المرأة إذا فعل بها ذلك للجماع، ثمّ استعملوه في النّكاح بغير مهر إذا كان وطأ بوطء وفعلاً بفعلٍ فكأنّ الرّجل يقول للآخر شاغرني أي أنكحني وليّتك وأنكحك وليّتي بغير صداق قال في المقدّمات: قيل وإنّما سمّي نكاح الشّغار لخلوّه عن الصّداق مأخوذٌ من قولهم بلدةٌ شاغرةٌ أي خاليةٌ من أهلها ونكاح الشّغار على وجهين: صريح الشّغار ووجه الشّغار فصريح الشّغار هو أن لا يذكر فيه صداقٌ كزوّجني ابنتك على أن أزوّجك ابنتي فيكون صداق كلّ واحدة بضع الأخرى ويفسخ أبداً وإن دخل وطال وولدت الأولاد. ووجه الشّغار أن يذكر فيه صداق كلّ واحدةٍ سواءٌ كان

بها كل الصداق) هذا هو قول المختصر: وتعاض المتلذذ بها إلخ، ولو ساقه هذا الشارح لكان حسنًا. وقوله: **(والعقد للنكاح إلخ)** نكاح السر فيه كلام طويل في رسمه فقف على الشرح فيه ص:

(والبضع بالبضع هو الشغار وعقده ليس له قرار)

هذا قال فيه في المختصر عاطفًا على ما لا يجوز ممّا يفسد فيه النكاح ما نصّه: أو كزوجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي بمائة وهو وجه الشغار وإن لم يسم فصريحه وفسخ فيه وإن في واحدة وعلى حرية ولد الأمة أبدًا إلخ. فقوله: أختك فيه بيان أن الشغار يكون في المجبرة وغيرها إذ الأخت لا يجبرها أخوها والمجبرة أحرى وظاهره لا فرق بين الزوجين كانا حرين أو عبدين أو مختلفين وهو كذلك، ومن سمّى لها فذلك وجه شغار، ومن لم يسم فذلك فيها صريحة فيفسخ نكاحها أبدًا ولها صداق المثل، ومن سمّى لها يفسخ نكاحها قبل البناء ولها الأكثر، وهذه إشارة

مماثلاً لصداق الأخرى أو مخالفًا كزوّجني أختك بمائة على أن أزوّجك أختي بمائة أو بخمسين ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل إلاّ أن يكون صداق مثلها أقلّ ممّا سمّي، فلا تنقص عن المسمّى، فإن سمّوا لواحدة دون أخرى كزوّجني أختك بمائة على أن أزوّجك أختي فهو مركّبٌ من الوجهين وكلّ واحدة على حكمها فالّتي سمّي لها يفسخ نكاحها قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل والّتي لم يسمّ لها يفسخ أبدًا قبل البناء وبعده ونقل الشّارح هذا الفقه عن المقرّب وفيه قلت فلو قال زوّجني أمتك بلا مهر وأزوّجك أمتي بلا مهر فقال مالكٌ: الشّغار بين العبيد كالشّغار بين الأحرار يفسخ وإن دخل بها، وكذلك لو قال: زوّج عبدي أمتك بلا مهر على أن أزوّج عبدك أمتي بلا مهر فهذا كلّه شغارٌ لا يجوز وإن رضي النّساء به ا هـ. فقوله: وعقده ليس له قرارٌ فيه إجمالٌ لأنّه إن كان صريحًا، فلا يقرّ مطلقًا دخل أو لم يدخل وإن كان وجهًا، فلا قرار له قبل الدّخول، وأمّا بعده فإنّه يقرّ.

وأجل الكالئ مهما أغفلا ... قبل البناء الفسخ فيه أعملا

إذا كان بعض الصّداق مؤخّرًا وهو الّذي يسمّى بالكالئ، فلا بدّ من تعيين قدرِ تأخيره فإذا لم يعيّن (فإن كان ذلك لنسيان) أو غفلة فالنّكاح صحيحٌ ويضرب له من الأجل بحسب عرف البلد في الكالئ قياسًا على بيع الخيار إذا لم يضرب للخيار أجلٌ فإنّه يضرب له أجل الخيار في تلك السّلعة المبيعة على الخيار والبيع جائزٌ، وإن ترك تعيين قدر تأخيره قصدًا فهذا هو الّذي يفسخ فيه النّكاح قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل، وعلى هذا يحمل قوله في الوثائق المجموعة قال أحمد بن سعيد، وفي المتيطيّة: قال بعض القرويّين وهو دليل المدوّنة وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وعليه العمل وبه الحكم ا هـ ففي تعبير النّاظم بالإغفال مسامحةٌ (لأنّ الغفلة والذّهول) لا ينبني عليهما حكمٌ حتّى ينفسخ النّكاح من

وإلاّ فالكلام في الشغار عريض طويل فانظره في الشرح هنا عند قول المتن: كمحرم وشغار تر البيان إن شاء الله تعالى ص:

(وأجل الكالئ مهما أغفلا ... قبل البناء الفسخ فيه أعملا)

قوله: **(فإن كان ذلك لنسيان إلخ)** هذا تبع فيه الشارح إشارة المواق ظنًا منه أن ذلك هو المذهب وليس كذلك، والمذهب هو فساد النكاح مطلقًا، وبيان ذلك هو كلام الوثائق المجموعة الذي نقله هذا الشارح نفسه، فإن قوله: عن أحمد بن سعيد الذي عرف بابن عتاب فإن لم يؤرخ أجل الكالئ فسخ النكاح إلخ ظاهر في العموم، وكذا نقله عن المتيطي وهو أي هذا الشارح قد أول كلام ابن عتاب من غير موجب ذكره.

قوله: **(لأن الغفلة والذهول)** هو كلام ساقط، إنما المرفوع في الخطأ والنسيان الإثم كما في

أجلها لقوله ﷺ: «ورفع عن أمّتي الخطأ والنّسيان»(٥٨) ، ثمّ ذكر الشّارح إذا اختلف الزّوج والوليّ في أجل الكالئ وقال الشّهود نسيناه انظره فيه.

وما ينافي العقد ليس يجعل شرطًا وغيره بطوعٍ يقبل

مراده بالبيت الكلام على شروط النّكاح وقسّمها إلى ما ينافي العقد، فلا يجوز جعله شرطًا في عقد النّكاح إلى ما لا ينافيه فيجوز جعله طوعًا بعد العقد ويكره اشتراطه في العقد قال في التّوضيح: حاصله أنّ الشّرط في النّكاح على ثلاثة أقسام: ما يناقض مقتضاه مثل أن لا يقسم لها أو يؤثر عليها أو لا نفقة لها أو لا ميراث لها فكالصّداق الفاسد أن يفسخ قبل البناء ويثبت بعده على المشهور هكذا قال في الجواهر ابن عبد السّلام ونقل

القرافي وغيره، وإلاّ لزم أن الحالف لا يحنث بالخطأ والنسيان، وذلك خلاف المعروف من المذهب كما في قول المختصر وبالنسيان ومثله الخطأ أو الجهل كما في ابن عرفة وغيره، ومن القواعد الشرعية العمد والخطأ في أموال الناس سواء، فكيف يقال: الغفلة والذهول لا ينبني عليهما حكم، ومن أغفل عن بعض الأعضاء في وضوئه وصلى بطلت صلاته، وغير هذا ممّا لا يحصى. وقال في المختصر: وبنسيانها في موضع إيداعها ونص المتيطي المشار إليه هو قوله ما نصّه: وسئل اللؤلؤي عن النكاح بعقد ويغفل فيه عن ذكر الشروط وتأجيل الكالئ فإذا كان عند كتب الصداق قال الناكح: لم أرد أن يكتب عليّ شرط وطول في أجل الكالئ. وقال المنكح: إنما غفلت عن ذكر ذلك لما قد جرى في بلدنا من العرف في الشروط والكالئ وأنه إلى ثلاثة أعوام، فهل يحمل الزوج على العرف في ذلك أم لا؟ فأجاب: لا يجبر على ذلك وهو بالخيار إن شاء أو وافقهم أو وافقوه وإلاّ فله الانحلال. وقال عبد الملك في الثمانية إذا لم يذكر للكالئ أجل فسخ النكاح قبل البناء وثبت بعده بصداق المثل، وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وعليه العمل. وقال ابن وهب: لا يفسخ قبل البناء ولا بعده ويكون المؤخر الذي لم يذكر له أجل إلخ. ثم قال بعد كلام: وذكر ابن الهندي في وثائقه عن بعض أهل عصره أنه كان يقول: إن أدرك قبل البناء لم يفسخ ويجعل له أجل على عرف الناس في الكالئ، واستدل بمسألة بيع الخيار التي ذكرها المواق وتبعه هذا الشارح في ذلك، فأنت ترى المتيطي جعل مذهب مالك وأصحابه وما به العمل هو الفسخ قبل البناء مع العرف فكيف به مع عدمه؟ وقوله عن عبد الملك إذا لم يذكر إلخ شامل للغفلة بل هو فيه، ويدل له استدلاله بمسألة بيع الخيار التي احتجّ بها من احتجّ وإلاّ فلا معنى للاحتجاج بها، وقد قال أبو عبد الله الفشتالي ما نصّه: فصل فلو سقط ذكر الأجل فبين الشيوخ في ذلك خلاف فالمشهور من المذهب وعليه العمل أن النكاح يفسخ، وإن فات بالبناء كان صداق المثل، قال بعض المتأخرين: وهو دليل المدونة. وذهب بعض المتأخرين إلى أنه كان للكوالئ أجل متقرر لا

(٥٨) حديث صحيح بالشواهد: أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٣، ٢٠٤٥)، وابن حبان في صحيحه (٧٢١٩)، والحاكم في المستدرك (١٩٨/٢)، وعبد الرزاق في المصنف (٢٠٥٨٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٥٦/٧، ٣٥٧)، وصححه الشيخ الألباني في الإرواء (١٢٣/١، ١٢٤).

بعضهم الاتّفاق على ذلك وأشار إليه بقوله ونقل عن ابن القاسم فيمن تزوّج على أن لا نفقة ولا ميراث أنّه يفسخ بعد البناء ا هـ ونقل الشّارح عن ابن عرفة ما نصّه: وشرط ما يناقضه قال اللّخميّ كشرط أن لا يأتيها ليلاً أو الأثرة عليها أو لا يعطيها الولد أو لا نفقة لها أو لا إرث بينهما في فسخه مطلقًا أو قبل البناء: ثالثها تخيّر المرأة ولو بنى بها في إسقاط فيمضي والتّمسّك به فيفسخ لنقل اللّخميّ ونقله عن ابن زياد ا هـ، ثمّ قال في التّوضيح: القسم الثّاني ما لا يناقضه بل يكون العقد يقتضيه وإن لم يذكر كشرطه أن ينفق عليها أو يبيت عندها أو لا يؤثر عليها ونحو ذلك، ووجود هذا وعدمه وسواءٌ، ولا يوقع في العقد خللاً ويحكم به إن ترك أو ذكر إلاّ إنّه إن شرط أن لا يضربها مثلاً، ثمّ أثبتت الضّرر فلها أن تطلّق نفسها من غير رفعٍ لحاكمٍ وإن لم تشترط ففي اشتراط الرّفع للحاكم وعدم اشتراطه قولان كما يقوله النّاظم في فصل الضّرر وبعث الحكمين وحيثما الزّوجة

يتجاوز فالنكاح صحيح، وإن كان مختلف فالنكاح فاسد هذا لفظه. وقياس المسألة على البيع قال فيه ابن مغيث في ذلك نظر كما في الفائق. وقال ابن سلمون: فإن أغفل ذكر الأجل فيه فإن النكاح يفسخ قبل البناء إلخ. وفي كلامه أن عيسى روى الفسخ قبل البناء وبعده إذا لم يذكر للكالئ أجل، وابن عرفة نقل كلام المتيطي وسلمه، وكلام ابن الناظم في أوله حسن لأنه استدل على الإغفال الذي في النظم بكلام الوثائق والمتيطي وذلك دليل على أن كلامهما في الغفلة. ثم قال بعد شرحه النظم بما ذكر ما نصّه: أقول تبع الشيخ في التعبير عن كون الكالئ غير مؤرخ بالإغفال من تأخيره الموثقين، ولا يبعد أن يكون لفظ الإغفال منقودًا عليهم لأن الذهول والغفلة لا ينبني عليهما حكم حتى يفسخ النكاح لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان»[٥٩] وبعض ذلك قول ابن الحاجب في نوازله: إذا عقد النكاح ولم يضرب للكالئ أجل فإنه يضرب له بحسب العرف الجاري في البلد في أجل الكوالئ، وهذا القول أجود لأن النكاح أخف من البيع، وبه أفتى ابن رشد إلخ. وتقدم التنظير في هذا القياس من ابن مغيث. وما ذكره ابن الناظم هو شبه ما في المواق، وبه استدل هذا الشارح. ولعل وجه التنظير أن بيع السلع بالخيار لها عرف بحسب كل جنس من المبيعات، قال ابن رشد نفسه على نقل المواق نفسه ما نصّه: إن لم يضربا للخيار أجلاً واشترطاه فلا يفسد البيع، ويضرب لهما من الأجل ما تختبر إليه تلك السلعة لأن الحد في ذلك معروف، فإذا أخلا بذكره فإنهما دخلا على العرف والعادة، هذا لفظه عنه عند قول المصنف في الخيار أو مجهولة، فقوله بقدر ما تختبر هو ضابط للأجل في الخيار وليس تقديره موكولاً للبائعين لأن ذلك تحديد من غيرهما، ولأجل هذا قال في المختصر تبعًا لغيره كشهر في دار إلخ. ثم ذكر ما يفسد به البيع على الخيار أو مدة زائدة فجعل العقد فاسدًا من أجل الزيادة على ما جرت به العوائد في مدة الخيار بحسب تلك الزيادة، ولا كذلك النكاح إذا أجل دون خمسين سنة، والكوالئ موكول آجالها إلى الزوجين إذا لم تبعد جدًا كستين سنة لأن ذلك في مظنة السقوط،

---

(٥٩) [حديث صحيح]: تقدم فيما قبله.

تثبت الضّرر. القسم الثّالث: ما لا تعلّق له بالعقد، فلا يقتضيه ولا ينافيه وللمرأة فيه غرضٌ كشرط أن لا يتزوّج عليها فذكر ابن الحاجب أنّه مكروهٌ ويلغى ا هـ وإلى هذه الأقسام الثّلاثة أشار ابن الحاجب بقوله وإذا شرط ما يناقض مقتضى العقد مثل أن لا يقسم لها أو يؤثر عليها فكالصّداق الفاسد وما لا يناقضه يلغى، فإن كان لها فيه غرضٌ مثل أن لا يتزوّج عليها أو لا يتسرّى أو لا يخرجها من بلد أبيها أو بيت عمّها وقال مالكٌ: لقد أشرت على القاضي أن ينهى النّاس عن ذلك وليس بلازم ا هـ. «قوله أن ينهى النّاس عن ذلك» أي عن التّزويج على الشّرط ولا يلزم الوفاء به بل يستحبّ ثمّ قال في التّوضيح: وقول المصنّف في القسم الثّالث مكروهٌ سبب الكراهة فيه واضحٌ لأنّ فيه تفويت غرض المرأة ولهذا قال ابن شهاب وغيره بلزوم الشّروط هنا ا هـ فقوله وما ينافي العقد ليس يجعل شرطًا يعني ولا طوعًا، وهذا هو القسم الأوّل وقوله وغيره بطوعٍ يقبل يشمل القسم الثّاني والثّالث إلاّ أنّ الثّاني يجوز جعله شرطًا في العقد وطوعًا بعد، وأمّا الثّالث فيجوز طوعًا بعده العقد ويكره اشتراطه كما تقدّم قال الشّارح وكلّ ما لا ينافيه استخفّ الموثّقون كتبه على الطّوع ا هـ. وقد أشار الشّيخ خليلٌ للقسم الأوّل بقوله وما فسد لصداقه (أو على شرطٍ يناقض العقد) كأن لا يقسم لها أو يؤثر عليها وإلى الثّاني بقوله: وجاز شرط أن لا يضرّ بها في عشرة وكسوة ونحوهما وإلى الثّالث بقوله: بخلاف ألف وإن أخرجها من بلدها أو تزوّج عليها فألفان ولا يلزم الشّرط وكره ولها الألف الثّانية إنّ خالف. وفي الوثائق المجموعة: وكره مالكٌ الشّروط وقال لا أرى لأحد أن يكتب شهادته في كتابٍ فيه الشّروط ويلزم النّكاح وإن كانت بعقد يمينٍ كقوله الدّاخلة طالقٌ أو أمرها بيدها والطّوع فيها أحسن من أن يعقد بشرطٍ

فربما يرغب زوج في زوجة فيقصر الأجل، وربما ترغب هي فيه فتطوله، ويخرجان عن حد ما جرى به العرف في آجال الكوالئ، ولذلك رأيت في سؤال اللؤلؤي لا يخرج عن العرف إلاّ الشاذ، والبيع لا يحل الخروج فيه عمّا جرى به عرف الخيار والأجل في النكاح مكروه ولا كذلك البيع، والخيار رخصة والمكروه لا تناسبه الرخصة، والبيع على الخيار منحل والنكاح منعقد، والأجل المجهول في المنحل أخف منه في المنعقد إلخ. ولعل هذا هو تنظير ابن مغيث فافهمه منصفًا لا متعسفًا، وقد تبين من هذا كله أن القياس فيه نظر واضح، وتبين أن هذا الكالئ إذا ترك ذكر قدر الأجل فيه قصدًا فلا إشكال في فسخه، وكذا غفلة أو نسيانًا على المذهب وما به العمل، وسواء في الجميع تقرر عرف للكوالئ أم لا، غير أنه إذا تقرر عرف الكوالىء تقرر الأفوت فيه لصداق على صداق، فهذا لا نجيز الدخول عليه ولا نفسخ النكاح به بعد وقوعه، ونرجع فيه للعرف كمسألة البيع، وأما إن وقع دخول فيه فلا فسخ في الجميع على المذهب، وقد تبين صحة النظم المعبر بالإغفال، وهذا هو ظاهر قول خ: أو لم يقيد الأجل إلخ. ولكن انظر الشرح تر كلام الناس بأكثر من هذا وأبسط. قوله: (**أو على شرط يناقض العقد إلخ**) انظر بسط هذا غاية في شرح هذا ص:

وهي محمولةٌ على الطّوع حتّى يثبت أنّها كانت مشترطةً في عقد النّكاح واختلف أهل العلم في النّكاح بالشّروط فرأى قومٌ فسخه ورأى مالكٌ ومن ذهب مذهبه أنّ النّكاح بها مكروهٌ، فإن نزل بها لزمت وجاز النّكاح ولهذا الاختلاف يكتب قومٌ من الموثّقين شرط فلانٌ لزوجته فلانة شروطًا طاع بها بعد أن ملك عصمة نكاحها.

(ويفسد النّكاح بالإمتاع في عقدته وهو على الطّوع اقتفي)

الإمتاع إعطاء الزّوجة أو أبيها شيئًا للزّوج إمّا في عقد النّكاح أو بعده كإمتاعه بسكنى دارها أو استغلال أرضها فإن كان ذلك في عقد النّكاح فسد النّكاح، وإن كان طوعًا بعد العقد جاز قال الإمام أبو عبد اللّه المازريّ في توجيه المنع وفساد النّكاح: لأنّ بقاء أمد الزّوجيّة بين الزّوجين مجهولٌ إذ لا يدري متى يقع الطّلاق أو الموت، فإن كان مجهولاً وقارن العقد فالصّداق المبذول من الزّوج بعضه عوضٌ عن هذا الإسكان المجهول، لأنّ السّكنى من الأعواض الماليّة وهي أظهر في كونها عوضًا ماليًّا من الفرج ومحالٌ أن لا يجعل لها حصّةٌ من الصّداق. فإذا ثبت أنّ ذلك ممّا يعاوض عليه الزّوج وهو مجهولٌ فسد العقد فيه ووجب فسخ النّكاح المعقود عليه قبل الدّخول على المشهور إلاّ روايةً شاذّةً، وأمّا إن وقع الدّخول ففي فسخه اختلافٌ مشهورٌ. ولمّا وقف الخطيب الشّهير أبو القاسم ابن جزيٍّ على جواب المازريّ المتقدّم أجاب بأنّ ذلك فاسدٌ من ثلاثة أوجه: الأوّل: ما ذكره المازريّ من الجهل في ذلك وما يقابله من الصّداق الثّاني: أنّه يجتمع فيه بيعٌ ونكاحٌ واجتماعهما ممنوعٌ وذلك أنّ الزّوج يبذل ببعض الصّداق في مقابلة الفرج وهو النّكاح وبعضه في مقابلة ما يمتّع به من المال وهو البيع الثّالث: أنّه يؤدّي لأن يبقى النّكاح بغير صداق، فإنّ الّذي ينتفع به الزّوج من الاستغلال والسّكنى ربّما يكون مثل الصّداق أو أكثر لا سيّما إن طالت مدّة الإمتاع فيقابل الصّداق بذلك فكأنّه لم يعطها شيئًا، ولكن إنّما يمنع من هذا الوجه إذا كان الإمتاع شرطًا مقارنًا للعقد، فإن كان تطوّعًا بعد انعقاد البيع لم يمنع من هذا الوجه لأنّه كأنّ المرأة أعطته حظًّا من مالها وذلك جائزٌ بشرط أن لا تنعقد عليه القلوب حين العقد ويجوز أيضًا أن يكون مقارنًا للعقد إن كان الإمتاع في غير ملك الزّوجة، ألا ترى ما روي عن مالك أنّه أجاز أن يقول الرّجل لآخر (تزوّج ابنتي على أن أعطيك) مائة دينار لأنّ المائة دينار من مال والد الزّوجة لا من مالها، وهذا أشدّ من الإمتاع ا هـ.

(ويفسد النكاح بالإمتاع في عقدته وهو على الطوع اقتفي)

قوله: **(تزوج ابنتي على أن أعطيك إلخ)** هذا جائز، انظر بيانه غاية عند قول المختصر أو باجتماعه مع بيع يظهر لك صحة هذا وزيادة، وانظر أيضًا هذا فإنه في نكاح التفويض، ومن جملة ما نقلناه ما نصّه: قال ابن القاسم: وأما إن قال تزوج ابنتي ولك هذه الدار فإن هذا جائز

فصل في مسائل من النكاح

والعـبـد والمرأة حيـث أوصيـا وعـقـدا على صـبيٍّ أمـضيـا

يعني أنّ العبد والمرأة إذا كان كلّ واحد منهما وصيًّا على محجور ذكرٍ وعقدا له النّكاح فإنّه يمضي ولو كان المحجور صبيًّا صغيـرًا؛ لأنّه وإن كان الآن صغيرًا فيصحّ منه العقد يومًا ما ومفهوم قوله (على صبيٍّ) أنّ العبد والمرأة الوصيّين على صبيّةٍ لا يصحّ عقدهما عليها بل يوكّلان كما تقدّم في قول النّاظم في فصل الأولياء:

والمرأة الوصـيّ ليـست تـعـقـد إلاّ بتـقـديم امرئٍ يـعـتـمـد

لأنّها لا يصحّ لها أن تعقد على نفسهـا يومًا ما. ففي طرر ابن عات وأمّا العبد والمرأة فيزوّجان بنيهـما وبني من أوصى بها إليهما الذّكران قال الشّارح: لم يتـعرّض الشّيخ رحمه الله لجواز عقد الكافر على من أوصى به إليه لـندور إيصائه وفي الوثائق المجموعة: وللمرأة الوصيّ عقـد نكاح من إلى نظيرها من أيتـامها وعـبيدها الـذّكران، وهذا خلاف يتـيمتـها وإمائها، فلا يجوز لها العقد عليهنّ إلاّ بتوكيل رجلٍ يعقده ا هـ.

ولو لم يصدقها الزوج إلاّ تلك الدار، قال ابن محرز: فـفرق بين أن يسمي الصداق أو لا يسميه، ورأى أنه إذا سمّى الصداق قد سلك بما أعطاه مسلك المعـاوضة والبيع، وإذا لم يسم فإنما قصد بما أعطاه معونته، ولو أنه قال: أزوجك ابنتي بمائة على أن تبيـعها دارك بمائة، أو كانت هذه المعاوضة مع الزوجة نفسها لكان ذلك جائز لأن المائة تقـضي بالمائة وتكون الدار صداقها، ولو أن الولي قال للزوج: أزوجك بمائة على أن تبيـعني دارك بمائة لكان ذلك فاسدًا لأنه بيع دار ومـائة دينار ببضع ومائة دينار اهـ. وفرّق اللخـمي بين المسألتين بنحو ما فـرّق به ابن محرز ثم قال: والقيـاس أنهما سواء لأن العطية إذا تقدمت ولم يتزوج إلى آخر مـا ذكره، والكلام فيه طول قف عليه في الشرح إن شئت، وإنما أتينا بهذا البعض لتفهم به قول هذا الشارح تبعًا لابن الناظم، ألا ترى ما روي عن مالك، وانظر عند قول المختصر أيضًا: ولو طولب بصداقها لموتها إلخ وجلب ذلك يطول ص.

فصل في مسائل من النكاح

(والعـبـد والمرأة حيـث أوصـيـا وعـقـدا على صـبي أمـضـيـا)

قوله: (على صبي) وكذا علـى سفيـه كمـا هو كلام الناس ظاهر في هذا عنـد قول المتن: ووكلت مالكة ووصيـة إلخ. وعند قوله: وجبر أب إلى قوله: وفي السفـيه خلاف. وهذا الشارح وابن الناظم لم يتنازلا لهذا صـريحًا، مع أن ما استـدلا به من كلام ابن عات والوثائق المجـموعة ظاهر في العموم، وما ذكراه من الفرق هنا بين الذكور والإناث قدمنا فيه فرقًا قويًا لابن رشد عند قول الناظم: والمرأة الوصي ليست تعقد إلخ ص:

والأب لا يقضي اتّساع حاله تجهيزه لابنته من ماله

يعني الأب إذا زوّج ابنته البكر وكان متّسع الحال فإنّه لا يلزمه تجهيز ابنته من ماله يعني وإنّما يجهّزها من صداقها خاصةً ويأتي أنّه ينبغي تجهيزها بمالها من غير الصّداق قال في الوثائق المجموعة: ولا يلزم الأب أن يجهّز ابنته بشيء من ماله ا هـ قال المتيطيّ: وإذا قبضت المرأة نقدها من زوجها أو قبضه وليّها فمن حقّ الزّوجة أن تتجهّز به إليه، هذا هو المشهور من مذهب مالك وجميع أصحابه حاشا ابن وهب ا هـ. وفي جواب الإمام أبي عبد الله المازريّ عن مسألة قوله ولو طولب بصداقها لموتها فطالبهم بإبراز جهازها لم يلزمهم على المقول ما نصّه الأصل في الشّريعة عدم إلزام المرأة وأبيها جهازاً والصّداق عوضٌ عن البضع وهو المقصود ولو كان عوضًا عن الانتفاع بالجهاز وهو مجهولٌ لكان فاسدًا لكنّ الأصل البضع وما سواه تبعٌ وفي المذهب روايةٌ شاذّةٌ غريبةٌ أنّ ليس على المرأة تجهيزٌ بصداقها فأحرى بما سواه وأظنّها في وثائق ابن العطّار والرّواية الأخرى تتجهّز بالصّداق خاصّةً ا هـ وفي المختصر ولزمها التّجهيز على العادة بما قبضته إن سبق البناء ابن عرفة: المشهور وجوب تجهيز الحرّة بنقدها العيّن. المتيطيّ: ويشتري منه الآكد فالآكد عرفًا من فرشٍ ووسائد وثياب وطيب وخادمٍ إن اتّسع لها رواه محمّدٌ قيل وهو مذهب المدوّنة وما أحلّه بعد البناء، فلا حقّ للزّوجة في التّجهيز به وإن حلّ قبل البناء (فلغرمائها) أخذه في ديونهم وإن لم يحلّ باعوه، وأمّا ما أجله قبل البناء فكالنّقد ا هـ.

(فرعٌ: إذا تغالى الزّوج) في الصّداق ليسرها وإتيانها بما جرت العادة بتجهيز أمثالها به فامتنع أبوها من ذلك فإن كان ذلك قبل البناء فقال ابن رشدٍ ومثله في نوازل العبدوسيّ،

(والأب لا يقضي اتساع حاله تجهيزه لابنته من ماله)

قوله: **(فلغرمائها إلخ)** الذي في المتيطي هو قوله ما نصّه: قال في كتاب الديات: ولا تقضي منه دينًا قبل البناء إلاّ الشيء الخفيف كالدينار ونحوه. قال الداودي: وقد قيل لها أن تقضيه في دينها، وقاله ابن وهب. قال في العتبية: وأما بعد البناء فلها قضاء دينها من شوارها ومن كالئ صداقها، ورواه يحيى عن أبي القاسم قال ابن حارث: وإنما ذلك في الدين الحادث وأما القديم فلا اهـ. وصاحب المختصر قال: ولا تنفق منه وتقضي دينًا إلا المحتاجة وكالدينار وهو من باب اللف والنشر المرتب، وبه تفهم ما أجمله هذا الشارح، ولكن في الشرح كلام كثير في قضاء الزوجة دينها من صداقها وإنما لم نسقه لطوله فقف عليه إن شئت، وصاحب الشامل قال ما نصّه: ولا تقضي منه دينًا قبل البناء وتنفق منه إلا كدينار أو تحتاج بالمعروف وبعد البناء كمالها هذا لفظه، واحترز بقوله: وبعد البناء كمالها فإن ظاهره ولو لم يطل البناء وليس كذلك كما بيّناه في الشرح، وانظر عند قول المتن: وهل تملك بالعقد النصف إلخ، وعند قوله: وتشطر إلخ.

قوله: **(فرع: إذا تغالى الزوج إلخ)** وحاصل ما في نوازل ابن رشد حين يمتنع الأب من

للزّوج الخيار بين أن يلتزم النّكاح على أن يجهّـزها له بنقدها خاصّةً أو يطلّق ولا شيء عليه وإن كان بعـد الدّخول، فقـال في المعلم يحطّ من الصّداق الزّيادة الّتي زادها لأجل الجـهاز على الأصحّ عندنا إذا كان المقصود من الجهاز في حكم التّبع لاسـتباحة البضع كمن اشترى سلعتين فاسـتحقّ أدناهما فإنّ البـيع ينتقض بقدر المستـحقّة ا هـ وقبله ابن عـات انظر شفاء الغليل في شرح قوله: ولو طولب بصـداقها لموتها فطالبهم بإبراز جـهازها لم يلزمهم على المقول.

وبســـوى الـصّـــداق ليس يـلزم تجـــهّـــز الثّـــيّب من يحـكّم

يعني أنّ القاضي لا يلزم الثّيّب أن تتجهّز بغير صداقها يعني بل بصداقها خاصّةً، وأمّا بغيره، فـلا يلزم لكن يستحبّ كـما يأتي للنّاظم فيلزم بضمّ الياء مـضارع ألزم ومن يحكّم بفتح الكاف فاعل يلزم وتجهّـز مفعوله وبسوى متعلّقٌ بتجـهّز قال في طرر ابن عات: وكذا الثّيّب لا يلزمها أن تتجهز بغـير الصّداق ا هـ وفي مسائل النّكاح من المازريّ عن ابنّ مغيث إن أبان الزّوج زوجتـه، ثمّ راجعهـا لم يلزمهـا أن تتجهّـز إليه إلاّ بما قبـضته في المراجـعة خاصّةً، وأمّا بنصف نقدها الّذي قبضته قبل البناء، فلا ا هـ.

وأشـــهـــر القـــولين أن تجـــهّـــزا له بـكالئ لـهـــا قـــد حـــوّزا

يعني أنّه إذا حلّ الكالئ على الزّوج قبل الدّخول وقبضتـه قبل الدّخول فأشهر القولين أنّها يلزمها أن تتجهّز به لأنّه صار من جملة النّقـد الّذي يلزمها التّجهيز به، والمشهور المقابل للأشهر لا يـلزمها ذلك فالأشهـر قول ابن زرب ومقابلـه لابن فتحون كمـا يأتي. قال في الوثائق المجموعة: والكالئ إذا حلّ أجله قبل البنّاء كـان بمنزلة النّقد فيّ دعوى الزّوج قبضه

إعطاء ما جرى به العرف أنه بعد موت البنت قـبل الدخول فإنه لا يخرج للمرأة ما يورث عنه إلاَّ صداق مثلها على أن تتجهز به فقط وقبل مـوتها ودخوله بها هو مخيّر في بقائه على النكاح، ولا شيء على الأب أو يطلق، ولا شيء عليه أي الزوج، وهذه فـتوى العبدوسي باعتبـار أغنياء فاس قبل الدخول بالبنت وموتها، وأما بعد الدخـول بها فيلزم الأب دفع ما جرت به العادة، ولم ينص ابن رشد على الحكم في هذا، كما أن العبدوسي لـم يذكر حكم ما إذا ماتت البنت قبل الدخول، وفتـوى المازري في المعلم أنه يحط عن الزوج ما زاده لأجل الجهـاز، ولم ينص على أن ذلك قبل الدخول أو بعد، وفتواه في موت البنت قـبل الدخول أن الأب لا يلزمه إبراز ما جرى به العرف، وظاهره أن الميراث يكون في جميع الصداق لا في صداق مثلها على أنها لا شورة لها كما قاله ابن رشد، هذه زبدة هذه الفتاوى في المسألة، وقف على كلام الناس في المسألة في الشرح تر التحقيق بها إن شاء الله تعالى، وادع الله تعالى لمن قرب واختصر وجلب ص:

(وأشـــهـــر القـــولين أن تجـــهـــزا لـه بكـالئ لـهـــا قـــد حـــوزا)

وكان للزّوجة الامتناع من البناء حتّى تقبض النّقد والكـالئ معًا، فإذا قبضت ذلك لزمها أن تتجـهّز إلى زوجـها بجمـيع ما قـبضت من نقد وكـالئ قال الشّـارح: سيأتي للـنّاظم بعد التّصريح بأنّ الـقول قول الزّوج بعد البناء فيـما ادّعى دفعه من حـال الكالئ قبل البناء وأنّ للزّوجة الامـتناع حتّى يدفع لها الكالئ الحـالّ يعني في قوله: والقـول واليمين للزّوج ابتنى الأبيات الثّلاث وذلك قبل فصل مـا يهديه الزّوج، ثمّ يقع الطّلاق. وفي مسائل ابن زرب: ولو حلّ الكالئ قبل البناء فدعاها الزّوج إلى قبضه والتّجهّز به مع النّقد فأبت هي من قبضه حتّى يبني بها لئلا يلزمها التّجهّز به قـال: تجبر على أخذه وأن تتجهّز به ذكره ابن سهل قال الشّـارح: وكذلك يظهـر لو لم يحلّ أجله على قـول ابن فـتحـون لأنّه ليس على المرأة أن تتجهّز بكالئها وإن قبضته قبل البناء إذا أراد الزّوج دفعه وكان عينًا فيلزمها قبوله دون التّجهّز به وقيّـدنا بالعين لأنّ غيـر العين لا يلزم قبـوله قبل أجله، وأمّا عـلى قول ابن زرب إنّه لا يلزمها أن تتـجهّز، فلا يجوز لهـا قبوله لأنّها إن قبـلته لزمها أن تتجـهّز به وذلك لا يجوز لأنّهم يقولون المعجّل مـسلّف فقد سلّف لينتفع بالجهاز صحّ من الشّـارح بالمعنى فراجعه إن شئت ومـقابل الأشـهر عند النّاظم حكاه في الطّرر عـن ابن فتحـون أنّه ليس على المرأة أن تتجهّز بكالئها وإن قبضته قبل البناء.

ولـلـوصـيّ يـنـبـــــغي ولـلأب   تشـــويرها بمـالهـــا والثّـــيّب

يعني أنّه ينبغي للأب وللوصيّ تشوير البكر بمالها أي غيـر الصّداق، وأمّا الصّداق فقد تقدّم أنّها تتجهّز به فالتّجهيز بالصّداق لازمٌ وبغيره مستحبٌ وعليه تكلّم في البيت، وكذلك ينبغي للثّـيّب أيضًا أن تشور نفـسها بمالها زائدًا علـى الصّداق، وقد تقدّم أنّه لا يلزمـها أن تتجهّز بغيـر صداقها وأفاد هنا استحبـاب ذلك وقوله والثّيّب عطفٌ على الوصيّ أي ينبغي للثّيّب ذلك ولولا إفراد الضّمير في قوله بمالها لأمكن عطف الثّيّب على ضمير تشويرها من غيـر إعادة الخـافض (وفي طرر ابن عاتٍ): وينبـغي للأب أن يشوّر البكر بمالهـا، وكذلك

هذه المسألة هي التي أثناء قول المختـصر ولزمها التجهيز على العـادة بما قبضت إن سبق البناء وقضي له إن دعاها لقبض ما حلّ إلخ.

وانظر عند قـول المتن في فصل الصـداق ووجب تسليمـه إلى آخر تلك المسـائل، وكلام ابن الناظم هنا جيد ص:

(ولـلـوصـي يـنـبـــــغي ولـلأب   تشـــويرها بمالهـــا والثـــيب)

قوله: **(وفي طرر ابن عات)** لم يسبق هذا الشارح تبـعًا لابن الناظم نصًا على ندب التجـهيز للثيب بالمشاهدة، والـناظم ذكر الندب للثيب كالأب والوصي، ومع ذلك لم يعـترضا على الناظم ولا أجابا عنـه، ويحتمل أن يكون لفـظ الثيب عطفًا علـى المضاف إليه تشـوير وهو لفظ ها، أي

الوصيّ في اليتيمة ويشتريان لها كسوةً وحليًا لأنّ ذلك تطهّرٌ لها وصلاحٌ ويرغّب النّاس فيها ولا يجبران على ذلك ا هـ.

وزائدٌ في المهــر بعــد العقــد لا يســقط عــمّن زاده إن دخــلا
ونصــفــه يـحلّ بـالطّـلاق من قــبل الابتنـاء كـالصّـداق
ومــوته للـمنع منه مــقــتض فــإنّه كــهــبــةٍ لم تقــبض

ينبغي للأب والوصي تشوير البكر بمالها والثيب أي بمالها أيضًا، بناء على أن العطف المقيد بقيد يقيد بذلك القيد، ويكون المراد بالثيب السفيهة، وأما الرشيدة فلم يتكلم عليها ولا يظهر فيها الندب بدليل تعليلهم الندب في البكر أن ذلك يرغب في نكاحها ويزاد في صداقها من أجل التشوير، والرشيدة أولى بنفسها، وربما لا تزيد رغبة الناس فيها ولا الزيادة في صداقها، لأن هذا أمر راجع لحق الإنسان، وهو مخيّر في جلب ذلك وعدم جلبه فافهم هذا فإن الرشيدة أعرف بمصالحها. ويدل على ما ذكرنا اقتصار ابن عات على ما رأيته من كون الندب للأب والوصي فقط إذ لم يذكر غير هذا، ولكن هذا إذا لم يوجد نص ممّا يعتد بكلامه، وإن وجد فربما يوجه بأنه يزيد في الوداد الذي طلبه الشارع بين الزوجين. ص:

(وزائد في المهــر بعــد العقــد لا يســقط عــمّن زاده إن دخــلا)

الأبيات الثلاثة، استشكل هذا الزائد باعتبار حكمه، فجعلوه كالصداق في التشطير بالطلاق قبل البناء، ويثبت بالدخول ويسقط بموت الزوج، وهو إشكال قوي حتى وقع في ذلك خلاف قوي، وإن كان المشهور وهو ما ذكره، ولذلك قال التوضيح على قول ابن الحاجب: وما زاد في صداقها إلخ ما نصّه: هذا هو المشهور أي تشطيره. وقال ابن الجلاب: القياس عنده أن تجب له الزيادة، ونحوه للأبهري وغيره من شيوخنا العراقيين، ووجهه أنكم لما حكمتم بالتشطير بالطلاق دلّ على أن الزيادة محكوم لها بكونها من الصداق، إذ لو كانت عطية لما تشطرت بالطلاق، وإذا حكم لها بحكم الصداق فلا تبطل بالموت، والجواب لابن القاسم أنها عطية، لكن لما التزمها على صفة أن تكون صداقًا فلأجل هذا أبطلنا لها بالموت وقلنا لا يلزمه في الطلاق إلاّ النصف لأنه لم يلتزم إلاّ ذاك إلخ. وهو في الحقيقة للمتيطي فإنه ذكر هذا بعد أن قال للزوجة قبض هذه الزيادة فإن لم تقبضها حتى مات الزوج بطلت، ثم قال ما نصّه: قال بعض القرويين: ولأنها لو كانت كالهبة لم يثبتها الدخول لأن الهبة لا تستقر إلاّ بالقبض، وإنما هي كالهبة لأجل البيع حكمها حكم الثمن، ولذلك إذا ردّت السلعة بعيب فإنها تردّ مع الثمن، ولو كانت هبة خاصة لم تردّ لأنها قد قبضت، فكذلك الزيادة في الصداق يجب أن يكون حكمها حكم الصداق اهـ. بلفظه. وهو كلام قوي ثمين. وانظر قول المختصر في كتاب الصرف: وردّت زيادة إلخ يظهر لك ما أشار إليه. وقال عبد الوهاب في معونته شبه ما تقدم في كلام التوضيح عن العراقيين وناهيك بالعراقيين، ولذلك اقتصر ابن هشام في مفيده على ما قاله الجلاب ومن وافقه، مع أن كلامه إنما هو لبيان ما به

يعني أنّ من عقد على امرأة بصداق مسمًّى، ثمّ زادها بعد العقد على ما سمّى لها حين العقد فإنّه إن دخل لزمته تلك الزّيادة كاملةً طلّق أو لم يطلّق عاش أو مات، وإن طلّق قبل البناء لزمه نصفها، وإن مات قبل البناء سقطت الزّيادة لأنّها كهبة لم تقبض. قال في المقرّب: قلت: فإن تزوّجها على صداق مسمًّى، ثمّ زادها بعد ذلك في صداقها من قبل نفسه، ثمّ طلّقها قال لها نصف الزّيادة بمنزلة ما وهب لها تقوم به عليه وإن مات قبل أنّ تقبضه، فلا شيء لها لأنّها هبةٌ لم تقبض وفي المدوّنة: من تزوّج بمهر مسمًّى، ثمّ زادها فيه طوعًا فلم تقبضه حتّى مات أو طلّق قبل البناء لزمه نصف ما زاد في الطّلاق وسقط كلّه بالموت وفي ابن الحاجب: وما زاده في صداقها طوعًا بعد العقد فإن لم تقبضه لم تأخذ منه في الموت شيئًا لأنّها عطيّةٌ لم تقبض وتأخذه أو نصفه في الطّلاق، وفي التّوضيح أو للتّفصيل أي تأخذه كلّه إن وقع الطّلاق بعد البناء أو نصفه إن وقع قبله. ا هـ وفي مختصر الشّيخ خليلٍ: وتشطر ومزيدٌ بعد العقد بالطّلاق قبل المسيس، ثمّ قال: وسقط المزيد بالموت فقط.

العمل، كما ذكره ابن الناظم، وصاحب المفيد يتبع صاحب الكافي وهو يتبع ابن الجلاب بالمشاهدة. وذكر صاحب متابعة ابن عبد البر لابن الجلاب وهو خلاف المشهور كما رأيته. وقال ابن عرفة ما نصّه ابن بشير في بطلانه بالموت أي الزائد على الصداق قولان بناء على أن الملحق بالعقد كمنفصل عنه أو واقع فيه. ثم قال ما نصّه: إن الزيادة إذا صدرت من الزوج مقيدة بحكم المهر لا هبة مطلقًا، فاعتبر فيها حكم المهر عملاً بقصد الزوج إذ هو حق له في حياته فكان له نصفها في الطلاق، واعتبر فيها بعد موته الهبة لحق الورثة اهـ. بلفظه بعد نقله كلام المتيطي. وقال أبو الحسن الصغير ما نصّه: هذه الزياد بعد عقد النكاح لاستصلاح النكاح ونظيرتها في الصرف إذا قال: قد استرخصت مني الدينار فزدني، وكذلك الزيادة في الطعام المسلم فيه، قال في السلم الثاني: فزاده أرادب معجلة أو مؤجلة جاز، وهذه الزيادة التي بعد عقد النكاح فيها شائبتان: شائبة تشبه بها الصداق من أجل أنها لاستصلاح النكاح، وشائبة تشبه بها الهبة من أجل أنها بعد العقد، إذ لو شاء لم يزدها فراعى فيها موجب الاحتمالين، فما وجب على الاحتمالين أوجبه، ومتى لم تجب إلاّ على أحدهما سقطت، فإذا كان في الطلاق على احتمال أن تكون هبة والأصل بقاء ملك الزوج عليها فلذلك لم يوجبها لها، وإن كان في الموت فعلى احتمال أن تكون من الصداق وجب لها جميعها، وعلى احتمال كونها هبة سقطت لأنها كهبة لم تقبض، فلما سقط ذلك على أحد الاحتمالين والأصل بقاء ملك الزوج عليها فلذلك لم يوجبها له، قال الشيخ: وهكذا تلقيت هذه الطريقة من شيخي عن شيخه أبي محمد صالح رحمهما الله اهـ. بلفظه، وهذا بسط ولكن يحتاج إلى تدبّر وتمهّل وتفكّر، وهذا يدل على صعوبة وجه المشهور في النازلة لتكلم هؤلاء الفحول، ولا يحسن بمن شرح أن يخلو كتابه من هذا كله، وقد خلا من هذا شرح ابن الناظم وشرح هذا الشارح، بل خلا من ذكر المسألة باعتبار ما فيها من الخلاف مع أنه خلاف قوي، ص:

وإن أتى الضّمان في المهر على ... إطلاقه فالحمل صحّ مجملاً

يعني أنّ من زوّج غيره كابنه وخديمه وصاحبه وضمن عنه الصّداق في نفس عقد النّكاح فإنّه يحمل على الحمل الآتي أي على أنّه تحمّل به وتبرّع به من ماله ولا يرجع على الزّوج لأنّه خرج مخرج الصّلة والصّدقة، وكذلك إذا زوّج ابنته وضمن لها الصّداق فيلزمه ولا يرجع به على الزّوج ولا يحمل على الحمالة بمعنى أنّه ضمنه عن الزّوج ويرجع به عليه على قاعدة من ضمن وغرم عن المضمون عنه فإنّه يرجع عليه ولا إشكال. قال في المقرّب: قال سحنونٌ: قلت لابن القاسم أرأيت لو أنّ رجلاً زوّج ابنته (وضمن لها الصّداق) أيجوز ذلك؟ قال نعم وهو قول مالك وللابنة أن تأخذ بصداقها أباها ولا يكون للأب أن يرجع به على الزّوج لأنّ ضمانه عنه في هذا الموضع على وجه الصّلة له والصّدقة وفيه أيضًا: قال

(وإن أتي الضمان في المهر على ... إطلاقه فالحمل صحّ مجملا)

هذا قال فيه في المختصر ورجع لأب وذي قدر زوج غيره، وضامن لابنته النصف بالطلاق، ولا يرجع أحد منهم إلاّ أن يصرّح بالحمالة أو يكون بعد العقد، ولها الامتناع إن تعذر أخذه حتى يقدر وتأخذ الحال، وبطل إن ضمن في مرضه عن وارث لا زوج ابنته اهـ. والكلام في هذه المسائل طويل جدًا وقد استوفيناه والحمد لله فقف عليه إن شئت. وقد قال أبو الحسن بعد نقله كلام المدونة ما نصّه: الألفاظ هنا ثلاثة: لفظ الحمل لا رجوع معه مطلقًا كان في أصل العقد أو بعده. ولفظ الحمالة على العكس فيه الرجوع مطلقًا كان في العقد أو بعده. ولفظ الضمان في العقد لا رجوع كالحمل وبعده فيه الرجوع على خلاف ذكره، ولكن هذا هو الراجح عنده، وتبعه أبو عبد الله الفشتالي قال أبو الحسن: وهذا حيث لا إبهام، وأما إن شرط الرجوع أو عدمه فلا خلاف في هذا وفي غيره من عقود المعاوضات، ثم قال: والمفرق بين هذه الألفاظ هو عرف الفقهاء، وصرّح العبدوسي بما قاله أبو الحسن في الضمان وأنه في أصل العقد حمل وبعده حمالة، وذكر أبو الحسن أن ما بعد العقد يشترط فيه الحوز، وكذا ذكره غير وقد لفقنا في هذا بما نصّه:

أنف رجوعًا عند حمل مطلقًا ... حمالة بعكس ذا قد حققا

لفظ ضمان عند عقد لا ارتجاع ... وبعده حمالة بلا دفاع

وكل ما التزم بعد العقد ... فشرطه الحوز لدى من يجدي

أي ينفع، هذا هو ما تيسر نقله. ولكن عليك بالشرح تر الحق إن شاء الله تعالى، ما أحوج هذا الشارح إلى نقل تحصيل أبي الحسن، ولكن هذا تابع لابن الناظم على عادته كما لا يخفى.
قوله: **(وضمن لها الصداق)** أي في صحته كما في غير ما كتاب وهو في قوله المختصر: وبطل إن ضمن في مرضه عن وارث وهو شامل لغير البنت، والخلاف في ذلك قوي، فكان من حق هذا الشارح أن يبين ولكن تبع ابن الناظم في إطلاقه.

مـالكٌ في الرّجل الشّـريف يزوّج الرّجل ويضمـن عنه الصّداق أنّه لا يتبـعه بشيء وقـال المتيطيّ: ولو ذكـر في عقد الصّداق أنّ فـلان بن فلان الفلانيّ ضـمن عن الزّوج النّقد ولم يبيّن هل هو على الحـمل أو على الحمالة قـال: فصّلَ مذهب ابن الـقاسم في المدوّنة على الحمل حتّى تراد الحمـالة نصًّا قاله ابن الماجشون في الواضحة قـال غير واحد من الموثّقين: وبه الحكم. ا هـ. قال مـقيّد هذا الشّرح: عـفا اللّه عنه وللخروج من الإجـمال في مطلق الحمل يكتب الموثّقون اليوم وبأنّ تحمّل والد الزّوج عن ولده بجمـيع النّقد لماله وذمّته حملاً لا حمالةً خارجٌ عن معنى الحمالة وسبـيلها ووالد الزّوج فرض مثال فقط قال الشّارح: وممّا يتأكّـد معرفتـه هنا لزوم هذا الحمل للحـامل عاش أو مات إلاّ أن ينفسـخ النّكاح بوجه من وجوه الفـسخ ولزوم النّصف في الطّلاق وفي الخلع الخلاف هل يسقط عن الحـامل الصّداق جملةً، أو يكون النّصف المختـلع به للزّوج المخالع؟ وقال ابن الحارث في اتّفاقـاته: واتّفقوا في الرّجل يتزوّج المرأة ويحمل عنه رجلٌ الصّداق وفي عقد النّكاح أنّ الصّداق على الحامل عاش، أو مـات وإن انفسـخ النّكاح بوجه من الوجـوه، فلا شيء على الحـامل للزّوج وإن طلّق الزّوج قبل الدّخول فللزّوجة نصف ذلك الصّداق ويسقط عن الحامل النّصف ولا يكون للزّوج أن يتبعه بشيء.

(واختلفـوا إذا خالع امرأته) قـبل الدّخول. نذكر ابن حـبيب في كتـابه أنّ ابن القاسم يقـول: يسقط عن الحـامل جـميع الـصّداق ولا يرجع الزّوج عليـه بشيء منه. وقـال ابن الماجشون: إنّمـا يرجع إلى الحامل نصف الزّوج، وأمّا النّصف الّذي كان يجب للمـرأة فهو للزّوج قال الشّارح: أقول: قد كان يجري في البـحث عند الشّيخ رحمه الله أنّ وجه القول

قوله: **(واختلفـوا إذا خالع إلخ)** كان من حقه أن ينقل كـلام المتيطي ونصّه: ولو بارأ الزوج زوجتـه قبل البناء علـى المتاركة وإسـقاط النصف الواجب لهـا فهل يعـود ذلك إلى الزوج أو إلى الحـامل؟ فيـه قولان، قـال ابن القاسم في الواضـحـة: يرجع إلى الحامل وبه الحكم. وقـال ابن الماجشـون: بل يرجع إلى الزوج. قال ابن حـبيب: وبه أقول. وقـول ابن القاسم وهم لأن ذلك النصف بمنزلة الجميع لو بارأها على ردّه بعد البناء أليس إن جميعه للزوج فكذلك النصف. واحتجّ له محمد بن سـعيد بأن الزوج بمنزلة من باع ما وهب له لأن بيع العصمـة كبيع سلعة وهبت له. واختـار اللخمي قـول ابن القاسم قـال: لأن قصد الأب الحـامل أن يرى ابنه ذا زوجة وأن يعـفه بالنكاح، فـإذا لم يتم له قصـده عاد إليـه الصـداق، ولذلك قالوا: إذا طلق عـاد للأب النصف، فالوجـه الذي رجع به النصف إليه بـه يرجع الجميع ع) غلـط في نقل هذه المسألة من كـتاب ابن حـبيب كثيراً من الـقرويين والأندلسيين، فـجعلوا الخلاف إذا طلق الابن قـبل البناء ولم يذكر في الواضحـة فيهـا خلافًا أن النصف راجع إلى الحـامل، وإنما الخلاف إذا بارأ على المتـاركة أي على جميعه قبل البناء اهـ. بلفظه. وابن الناظم كـأنه لم يقف على كلام اللخمي وهو قوله: لأن قصد الأب إلخ، حـتى قـال في ذلك: كـان يجـري إلخ، ونقله هذا الشـارح عنه ولم يعـترضـه بما

الأوّل أظهر لأنّه إنّما تحمّل المتحمّل الصّداق على أن يصير المتحمّل عنه ذا زوجة ولم يتبرّع عنه مطلقًا ا هـ فرعٌ: قال ابن سلمون: وللمرأة الامتناع من الدّخول حتّى تقبضه فإن أعدم الحامل لم يكن للزّوج سبيلٌ إليها حتّى يدفعه ويتبع به الحامل إن دفعه فإن أباحت له الدّخول دون شيءٍ لم يكن لها قبل زوجها شيءٌ وتتبع به الحامل إذ لا يطالب الزّوج بما تحمّل عنه غيره في عقد النّكاح قال ابن عتّاب: حكى ابن مغيث أنّه إن كان للابن مالٌ وتحمّل الأب عنه الصّداق وكانت المرأة مخيّرةً إنَ شاءت أخذت به الحامل أو المحمول عنه تنبيهٌ: قال ابن سلمون هذا كلّه إذا كان الحمل في نفس العقد، وأمّا لو وقع الحمل بعد عقد النّكاح كان حكمه حكم الهبة تبطل بالوفاة إن لم تقبض في قول ابن القاسم وقال ابن الماجشون تلزمه على كلّ حال.

ونحلةٌ ليس لها افتقار إلى حيازةٍ وذا المختار
وينفذ المنحول للصّغير مع أخيه في المشاع إن موتٌ وقع

النّحلة ما يعطيه والد الزّوج لولده في عقد نكاحه، أو والد الزّوجة ابنته في عقد نكاحها وينعقد النّكاح على ذلك، فإذا وقع ذلك فهي لازمةٌ للنّاحل في ماله وذمّته يؤخذ بها في حياته وبعد موته لا يبرئه منها إلاّ الأداء قاله في المتيطيّة فإنّ مات الأب قبل أن تحاز فالنّحلة صحيحةٌ نافذةٌ على القول المختار عند العلماء، وكذلك إن ماتت الابنة المنحولة فمن حقّ الزّوج ميراثه في النّحلة ابن سلمون: وإذا انعقد النّكاح على هذه النّحلة لم تفتقر إلى حيازةٍ وقيل لا بدّ فيها من الحيازة وبالأوّل العمل لأنّها لمّا انعقد النّكاح عليها صارت بمنزلة

اعترضناه. قال كاتبه: قول ابن حبيب قول ابن القاسم وهم لأن ذلك النصف إلخ فيه نظر، لأن الجميع بعد الدخول هو للزوجة بلا خلاف عندنا، والمبارأة على الجميع قبل البناء قيل إن الزوجة لا شيء لها بالعقد فكيف يسوي هذا بهذا مع جواز مراعاة الخلاف؟ وأيضًا إذا وقع الدخول حصل مراد الحامل في الجملة ولا كذلك قبل البناء، فإن الداخل بالزوجة تمّ عنده النكاح وصار محصنًا وصارت الولادة بينهما محتملة إلى غير ذلك. والحاصل انظر الشرح ففيه الشفاء إن شاء الله تعالى. ص:

(ونحلة ليس لها افتقار إلى حيازة وذا المختار
وينفذ المنحول للصغير مع أخيه في الشياع إن موت وقع)

كلام الشارح على هذا حسن، ولكن انظر عند قول المتن: ولزمها التجهيز. وعند قوله: ولو طولب بصداقها إلخ، فإننا ذكرنا كلامًا حسنًا في النحلة والإمتاع، وكلام ابن الناظم أوفى من كلام هذا الشارح، ومع ذلك بقيت أمور لم يذكرها، انظرها في المحل الذي أشرنا إليه، وانظرها هناك فقد بيّنا إدخال النحلة في كلام المختصر.

البيع ا هـ ومن كتاب ابن أبي زمنين: ومن تزوّج وهو كبيرٌ مالكٌ لأمر نفسه ونحله أبوه نحلة انعقد عليها النّكاح، ثمّ مات الأب قبل أن يقبض نحلته فقد قال بعض العلماء: إنّها نحلةٌ تامّةٌ وإن لم يقبضها الابن ا هـ والقول بعدم افتقارها للحوز، ولا تبطل بموت المعطي قبل القبض، قال المتيطيّ: هو المشهور وعليه العمل وبه الحكم عند الجمهور ا هـ وإلى هذا أشار بالبيت الأوّل وأشار بالبيت الثّاني إلى قوله في كتاب الاستغناء: إن نحل رجلٌ ابنه الكبير في عقد نكاحه ونحل معه ابنًا صغيرًا أملاكًا مشتركةً، ثمّ مات الأب قبل بلوغ الصّغير لنفذ لهما إن حازها الكبير وإن لم يحزها جاز نصيب الكبير الّذي انعقد عليه النّكاح وبطل نصيب الصّغير وقسم بينهما قال المشاور: وأحبّ إليّ أن ينفذ جميع ذلك لأنّ عقد النّكاح في بعضه كالحيازة في جميعها للاختلاف في ذلك كمن تصدّق على كبيرٍ وصغيرٍ ا هـ من ابن سلمونٍ ونقله الشّارح أيضًا. فرعٌ: قال ابن سلمونٍ: (ولا شفعة) في هذه النّحلة على مذهب مالكٍ رحمه الله وإن كان النّكاح انعقد عليها واختلف في ذلك الشّيوخ وهي بمنزلة الهبة والصّدقة ولا شفعة فيهما وإن كان قد روى ابن عبد الحكم عن مالكٍ أنّ فيهما الشّفعة وقال به بعض الشّيوخ في النّحلة على رواية ابن عبد الحكم في الهبة وليس عليها عملٌ ا هـ فرعٌ: إذا اعترف والد الزّوجة أنّ لها أملاكًا وسمّاها في كتاب صداقها سئل عنه الأستاذ أبو سعيد بن لبٍّ فأجاب بأنّ ما اعترف به والد الزّوجة المذكورة نافذٌ لها مالاً من مالها وملكًا من أملاكها انظر تمام كلامه في الشّارح وانظر ابن سلمونٍ أيضًا، ثمّ قال رحمه الله:

ومع طلاقٍ قبل الابتناء تثبت والفسخ مع البناء

والخلف فيها مع وقوع الفسخ في تناكحٍ قبل البناء فاعرف

يعني أنّ النّكاح إذا انعقد على نحلة، ثمّ وقعت الفرقة فإن كانت بالطّلاق قبل البناء فإنّ النّحلة تثبت، وأحرى والله أعلم أن تثبت في الطّلاق بعد البناء وإن كانت الفرقة بالفسخ لفساد ونحوه فإن كان بعد البناء فإنّها تثبت أيضًا وإن كان الفسخ قبل البناء ففي بطلانها وصحّتها قولان: ابن سلمونٍ: وإن طلّق الزّوج زوجته قبل البناء فالنّحلة جائزةٌ للمنحول نافذةٌ وإن فسخ هذا النّكاح قبل البناء لفساد فيه ففي ذلك قولان أحدهما: أنّ النّحلة تبطل وتعود إلى النّاحل قاله ابن العطّار والثّاني: أنّه لا تبطل وهي نافذةٌ جائزةٌ كالطّلاق وإن كان الفسخ بعد البناء فالنّحلة نافذةٌ باتّفاق ا هـ وقد أطال الشّارح الكلام هنا وختمه بمسألة من زوّج ابنته ونحلها غيره نحلةً، ثمّ طلّقت قبل البناء وسكت والدها عن طلب ما نحلت به مدّةً فهل تأخذ ما نحلت به ولا يضرّ سكوت والدها عن طلبها؟ فأجاب

وقوله: (ولا شفعة إلخ) الخلاف على أنها كهبة لا ثواب فيها أو كهبة لثواب، فنفي الشفعة على الأول وثبوتها على الثاني أشار لذلك المتيطي وذكر أن ثبوت الشفعة هو الأظهر.

الأستاذ أبو سعيد بن لبٍّ بأنّه إذا ثبتت الشّهادة بالنّحلة على النّاحل في عقدة النّكاح فقد حصل ملك الزّوجة للشّيء المنحول من غير افتقارٍ إلى حيازةٍ على القول المشهور المعمول به في ذلك.

فصل في تداعي الزوجين وما يلحق به

الزّوج والزّوجة مهما اختلفا في قدر مهرٍ والنّكاح عرفا
فإن يكن ذلك من قبل البنا فالقول للزّوجة قد تعيّنا
مع اليمين إن تكن لم تحجر (وعاقدٌ يحجرها بها حرى)
وبعد ذا يحلف زوجٌ أنكرا ثمّ يكون بعدها مخيّرا
في دفع ما كان عليه القسم أو الفراق دون شيءٍ يلزم
وإن تراضيا على النّكاح ففي الأصحّ الرّفع للجناح
وفي انفساخٍ حيث يفقد الرّضا بطلقةٍ واحدةٍ جرى القضا
وتأخذ الزّوجة مع نكوله ما يقتضيه الحلف في حلوله
والحكم في نكول كلٍّ منهما بما به بعد اليمين حكما
وقيل بل نكوله مصدّقٌ لما ادّعته زوجةٌ محقّقٌ

«قوله تداعي الزّوجين» أي اختلافهما وذكر من ذلك الاختلاف في قدر الصّداق، وعليه تكلّم في الأبيات العشرة والثّلاثة بعدها، ثمّ اختلافٌ في النّوع والصّفة، وذكر أنّه إذا اتّفق الزّوجان على النّكاح ولا نكرة بينهما فيه، وإنّما اختلفا في قدر الصّداق فقالت الزّوجة: مائةٌ مثلاً وقال الزّوج: ثمانون فإن كان اختلافهما قبل البناء ولم يقع موتٌ ولا فراقٌ فالقول قول الزّوجة مع يمينها إن كانت رشيدةً، وأمّا إن كانت محجورةً فيحلف حاجرها لأنّه هو الّذي تولّى العقد عليها وفرّط في الإشهاد، فإن لم يحلف ونكل عن

فصل في تداعي الزوجين وما يلحق به

(الزوج والزوجة مهما اختلفا في قدر مهر والنكارح عرفا)

إلى آخر الأبيات العشرة.

قوله: (وعاقد يحجرها بها حري) هذا إصلاح فيه نظر، فإن الولي هو الذي يحلف كان

اليمين غرم للمرأة الزّائد على ما قال الزّوج وهو عشـرون في المثال المذكور لنكوله وتضييعه الإشـهـاد، وإلى هذا أشـار النّاظم بالأبيـات الثّـلاثة الأول. فـقـوله: فـإن يكن ذلك أي الاختلاف من قبل البناء يعني ولم يقع موتٌ ولا فراق ولذلك أصلح الشّطر الأوّل من البيت

جابراً أو لا، كما هو الذي في أنفال الناس، وكـما يدل عليه كلام المتيطي الذي نقله ابن الناظم، وهذا الشارح والتعليل يدل على ما ذكرناه، والكلام هنا طويل، وكـلام المختصر حسن جامع لهذه الأمور ونصّـه، وفي قدر المهر أو صفـته أو جنسه حلفا وفـسخ والرجوع للأشبه وانفـساخ النكاح بتمام التحالـف وغيره كالبيع إلاّ بعد بناء أو طلاق أو موتها. فـقوله: يبين ولو ادعى تفويضًا عند معتاديه في القـدر والصفة ورد المثل في جنسه ما لم يكن ذلك فوق قيـمة ما ادعت أو دون دعواه وثبت النكاح ولا كلام لسفـيهة، وقد نقلنا عليه كـلامًا محرراً في هذه المسائل نشـير له في تقرير المتن وتضمنه إياه لطوله. فـقوله: وفي قدر المهر أو صـفته أو جنسه أي وفي ضمنـه النوع، فهذه أربعة أمـور لا يختلف حكمهـا قبل البناء ولا موت ولا طلاق، والأب ونحـوه في نحو البكر في حكم الزوجـة، وكذلك ولي الصبي نـحوه في حكم الزوج. وقولـه: حلفا أي ويقضى لـلحالف على الناكل وهو ظاهر، لأن طلب حلفـهما إنمـا هو لنكول أحدهما مـثلاً، وهذا كله مع تحـقيق النكاح. وقوله: والرجوع للأشبـه إلخ هذا قال فيه ابن غازي ما نصّـه: يرفع غيره عطف الرجوع وإفراد الضمير ملاحظة لما ذكر، ومّما اندرج فيه التبـدئة باليمين وكون نكولهما كأيمانهما، والغرض الذاتي من التشـبيه بالبـيع الإحالة عليه فـي المشهورية التي عـيّنها في الأربعة، إذ قـال في فصل اختلاف المتبـايعين وفسخ إن حكم به ظاهراً وباطنًا كتناكلهما، وصدق مشـتر ادعى الأشبه وحلف إن فات وبدأ البـائع اهـ. بلفظه. وهو مصرّح بـأن الشبه يراعى قـبل البناء ولا موت ولا طلاق، وهذا مناف لقوله: وصـدق مشتـر ادعى الأشبه وحلـف إن فات ولا فوت هنا مع أنه في البـيوع خصّ التصديق بالمشتري وهو نظير الزوج هنا، واعتـراض ح على قولِ المتن: وصدق مشتر ساقط كما بيّناه في مـحله فجاء الإشكال غاية، وإن كـان يمكن الجواب أن الزوج إذا أشبه هو كـالمشتري لأن قوله: والرجـوع للأشبه كـالبيع يشير لـما عنده في البيع وهو المشتـري، ولكن لا جواب على الفوات إلاّ باعتبار ما ذكره ابن عبد السلام وتبعه المصنف من أنه يظهر أن العقد هنا بمنزلة الفوات، ولكن الفقهاء لم يعرجوا على ذلك كما قاله هو نفسه، وإنما الفوات هو البناء كما في قول القاضي وغيره وقد بيّنا ذلك ونقلناه، اللهم إلاّ إن يذهب على أن الشبـه يراعى حتى قبل الفوات وهو قول قوي غاية، ونقلنـاه في البيوع عن المحققين فـيزول الإشكال، وقول المصنف: وصدق مـشتر إلخ أشبه البـائع أم لا؟ فإن أشبه البائع فقط فـقوله كما أشرنا إليه هنا، ويمكن الجـواب أيضًا بأن قول المتن والرجوع للأشبه إلخ التشبيـه به في قول المتن إلى أن هذه الأمور تجري على ما في البيوع وإن ذكرها المصنف هنا قـبل البناء ولا موت ولا طلاق، فذكـرها هنا لا يخصص كون ذلك إنما يعتـبر هنا، بل هي هنا جارية مجراها في الـبيوع، والمصنف قال في البيوع: وصدق مشـتر ادعى الأشبه وحلف إن فات فيعتبر الشبـه هنا مع الدخول من الزوج لأن الدخول به يفوت البضع، ولو كانت هذه الأربع خاصة بما قبل البناء للزم أنه لا يكون التناكل كالتحالف وذلك غير صحيح فإن التناكل

الثّاني فقيل: إن كان ذا قبل الفراق والبناء وقوله: وعاقد يحجرها بها حرى أي والعاقد على المرأة النّكاح الحاجر لها حرى أي حقيقٌ باليمين أي بأن يحلفها هو لا الزّوجة وقوله وبعد ذا إلخ أي إذا حلفت الزّوجة، أو حاجرها على المائة مثلاً فإنّ الزّوج يحلف بعد حلفها أنّه إنّما تزوّج بثمانين، ثمّ يكون مخيّرًا بعد يمينه في دفع ما وقع عليه القسم من المرأة وهو المائة، أو يفارق ولا شيء عليه وظاهر هذا، أو صريحه أنّه إنّما يخيّر بعد حلفه هو قال الشّارح وهو كذلك على ما يأتي في واضحة ابن حبيب دون ما في التّهذيب أي من تقديم تخييره على يمينه وإنّه إذا حلفت الزّوجة يخيّره فيما ذكر قبل أن يحلف هو فإن دفع ما حلفت هي عليه لزم النّكاح بذلك، وإلاّ فإن امتنع من دفع ما حلفت عليه حلف على ما ادّعى وافترقا ولا

فيه كالتحالف بل ولا يجري فيه أيضًا، وبدأ البائع إذا مررنا على اختصاص الأربع بما قبل البناء وتخرج عليه أيضًا مسألة قول المتن: وإن قال أصدقتك أباك مع أن هذه الأمور داخلة كما في شراحة، وبه تعلم صحة اشتراط اللخمي وجود الشبه في قول المتن ورد المثل في جنسه، مع أن الردّ المذكور إنما يكون بعد التحالف كما في المتيطي وغيره، ولم يذكر ابن الحاجب وابن شاس قبله والقاضي وغيرهم كابن عرفة أن الشبه يعتبرها قبل البناء ولا طلاق ولا موت صريحه أصلاً، وإنما ذكر بعضهم في المحل المذكور الأربع أنها تجري هنا في التنازع في المهر مجرى اختلاف المتبايعين، ويدل لذلك قول ابن يونس بإثر مسألة قول المتن فقول بيمين، ومسألة سحنون وابن حبيب ما نصّه: ويراعى في ذلك اختلافهما إذا أتى أحدهما بما يشبه والآخر بما لا يشبه وقبل لا يراعى ذلك كما اختلف في ذلك في البيوع إلخ فقوله: كما اختلف إلخ يدل على أن ما هنا جار على مسائل البيوع وقول المصنف هنا، فقوله بيمين نظير قوله في البيوع: وصدق مشتر إلخ، وقد تحصل من هذا أن المعتبر في الشبه هنا هو المعتبر في باب البيوع، وأن العقد هنا ليس هو الفوات وإنما الفوات هو الدخول، وأن الزوج إن أشبه عند الفوات فإنه يحلف أشبه صاحبه الذي هو الزوجة أو لا، فإن نكل حلف صاحبه الذي هو الزوجة وقضى لها، وإن أشبهت الزوجة وحدها فالقول قولها، وكل من كان القول قوله فلا بدّ من يمينه وإن لم يشبه واحد منهما حلفا ورجع لصداق المثل، هذا هو القياس باعتبار البيوع، ولكن لا تفهم ما هنا على الحقيقة إلاّ إذا فهمت ما شرحنا به في شرحنا مسائل البيوع المشار إليها هنا فقد حررنا ذلك ولخصناه والحمد لله، ولكن ما هنا يكفي اللبيب إن شاء الله تعالى تفهيمه، وقول المتن ورد المثل في جنسه ثالث أقوال فيه اعتبار الشبه كما في ابن عرفة ولم يمر في المتن عليه، وعلى هذا فالملخص من المتن وكلام الناس أن الاختلاف في الجنس والقدر والنوع والصفة قبل البناء ولا موت ولا طلاق، فالتحالف والتفاسخ مطلقًا، ولا عبرة بالشبه وبعد البناء أو الطلاق، فقول الزوج إن أشبه في القدر الصفة وفي معنى ذلك النوع، وأما الجنس فالتحالف والرد لصداق المثل إلخ تأمّله تفهم به ما في شروح المتن والتحفة وإن أطالت هنا شراحها وادع لمن قرب ونقل وجلب فإنك لا تجد هذا هكذا مجموعًا مقررًا إن شاء الله تعالى في غير هذا القرطاس والله الهادي للصواب.

شيء عليه، ولهذا أصلح الشّارح البيت الرّابع فقال بعد قوله: «وعاقدٌ يحجرها به حرى»:

ثمّ يكون زوجها مخيّراً في دفعه المهر الّذي قد أنكرا

أو اليمين وإذا ما يقسم كان الفراق دون شيءٍ يلزم

قال الشّارح: ثمّ يزيد بعد ذلك بيتًا نصّه:

أو كان بعد موتها أو فرقته فالقول قول الزّوج دون زوجته

قال: وعلى هذا التّقدير لم يكن نقص شيئًا من معنى المدوّنة في هذا الفصل إلاّ أنّه اعتمد قول ابن حبيبٍ ونقص هذه المسألة الّتي إذا كان الاختلاف فيها قبل البناء وبعد موت أو طلاق ولا أحسبه أستدرك القول فيها ا هـ. قوله: وإن تراضيا على النّكاح البيت يعني أنّ الزّوجينٌ اللّذين اختلفا في قدر المهر وتحالفا إذا تراضيا بعد تخالفهما على النّكاح وذلك إذا رضي الزّوج بما حلفت عليه الزّوجة، أو رضيت الزّوجة بما حلف عليه الزّوج، أو تراضيا بغير ذلك فالقول الأصحّ أنّ ذلك صحيحٌ بناءً على القول بأنّ النّكاح لا ينقطع بينهما إلاّ بحكم الحاكم بالفسخ، وقبل الحكم ما زالا على نكاحهما. ومقابل الأصحّ أنّ النّكاح ينفسخ بينهما بنفس التّحالف من غير افتقارٍ إلى حكمٍ، وعليه إذا تراضيا على النّكاح بعد التّحالف، فلا بدّ من شروط النّكاح لانفساخ الأوّل، وإذا حلفا ولم يرض أحدهما بما قال الآخر وفسخ النّكاح بينهما فإنّ فسخه يكون بطلقة واحدة وعلى ذلك نبّه بقوله: وفي انفساخٍ حيث يفقد الرّضا، فهو تصريحٌ بمفهوم قوله: وإن تراضيا على النّكاح وإذا حلفت الزّوجة ونكل هو وامتنع من الحلف فإنّه يلزمه ما حلفت عليه وعلى ذلك نبّه بقوله وتأخذ الزّوجة مع نكوله البيت. ولم يتكلّم النّاظم على عكس هذه الصّورة إذا نكلت الزّوجة وحلف الزّوج فإنّ النّكاح يلزم بما حلف عليه الزّوج واللّه أعلم وأشار لما إذا نكلا معًا بقوله: والحكم في نكول كلٍّ منهما البيتين وحاصله أنّ في ذلك قولين أحدهما: إنّ ذلك كالحكم بينهما بعد التّحالف من تخيير الزّوج في دفع ما ادّعته الزّوجة، أو الفراق دون شيءٍ يلزمه وإلى ذلك أشار بقوله: والحكم في نكول كلٍّ منهما البيت القول الثّاني: أنّ الزّوج يلزمه ما ادّعته الزّوجة لأنّ نكوله عن اليمين محقّقٌ لدعواها عليه وإلى ذلك أشار بقوله وقيل بل نكوله مصدّقٌ البيت (قال المتيطيّ: فإذا اختلف الزّوجان في الصّداق فإن كان اختلافهما في عدده قبل البناء من غير موت ولا طلاق فالقول قول المرأة مع يمينها إن كانت مالكةً أمر نفسها، أو قول من عقد النّكاح عليها من أبٍ أو وصيٍّ، أو وليٍّ إن كانت محجوراً عليها على المستحسن من الأقوال وهي المبتدئة باليمين، أو أبوها هذا هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وفي كتاب ابن الموّاز أنّ الأب يحلف في صداق ابنته البكر. قال ابن حبيبٍ في واضحته: ثمّ يكون الزّوج بالخيار بين أن يحلف على تكذيب المرأة أو تكذيب

أبيها وبين أن يلتزم على ما حلفت عليه المرأة، أو أبوها، أو يترك النّكاح ولا يلزمه شيءٌ من الصّداق ولم ير النّكاح منفسخًا بينهما بنفس التّحالف حتّى يخيّر بعد ذلك بين أن يدفع إليها ما حلفت عليه ويدخل بها شاءت أو أبت، وبين أن يطلّق ولا يلزمه شيءٌ، وقاله القاضيان أبو الحسن بن القصّار وأبو محمّد عبد الوهّاب، ونحوه للمغيرة أنّ لكلّ واحد منهما بعد التّحالف من الخيار مثل ما لصاحبه في إمضاء النّكاح على ما ادّعاه الآخر، أو ردّه فإن أبيا من ذلك فسخ بينهما بطلقة وقيل بغير طلاق قال الشّارح: القول الّذي حكاه المتيطيّ أوّلاً أنّه يفسخ بطلقة هو الّذي ذكر الشّيخ رحمه الله أنّه به جرى القضاء قال المتيطيّ: وقال سحنونٌ: إذا تحالفا انفسخ النّكاح بينهما كاللّعان قال عبد الحقّ في كتابه عن نصّ شيوخه إذا اختلفا في الصّداق قبل البناء فتحالفا فبعد التّحالف وقبل فسخ النّكاح رضي أحدهما بما قال الآخران ذلك ليس لمن أراده وليس ذلك مثل البيوع على مذهب ابن القاسم؛ لأنّ النّكاح بابٌ ينبغي أن يحتاط فيه فهو كاللّعان بتمام التّحالف ينفسخ كما قال سحنونٌ وذكر عن الشّيخ أبي عمران أنّ ذلك مثل البيوع يجري فيه الخلاف المذكور في البيع قال وقد نصّ على ذلك المغيرة أنّه إذا رضي أحدهما بما قال الآخر تمّ النّكاح قال الشّيخ أبو القاسم بن محرزٍ وهو الصّواب. قال الشّارح: وما حكاه المتيطيّ عن ابن عمران وصوّبه ابن محرزٍ هو الّذي عبّر عنه الشّيخ بالأصحّ ثمّ قال الشّارح: وهذه الأبيات المتكلّم عليها تتنزّل على ما نقلته عن المتيطيّ بلا إشكالٍ إلاّ أنّ بين ما اعتمده المتيطيّ أنّه المذهب وتبعه الشّيخ وبين نصّ المدوّنة مغايرة ما في التّخيير فهو في نصّ المدوّنة خيّر الزّوج بين أن يعطي ما حلفت عليه الزّوجة وبين أن يحلف وينحلّ عنه وهو فيما حكى المتيطيّ وغيره عن واضحة ابن حبيبٍ يكون الزّوج بالخيار بعد أن يحلف على تكذيب المرأة، أو تكذيب أبيها فقال في التّهذيب: وإذا اختلف الزّوجان في الصّداق بعد الطّلاق قبل البناء فالقول قول الزّوج مع يمينه، فإن نكل حلفت وأخذت ما تدّعي، وكذلك إن ماتت قبل البناء فادّعى ورثتها تسميةً وادّعى الزّوج تفويضًا فالقول قوله مع يمينه وإن اختلفا في الصّداق من غير موتٍ ولا طلاقٍ فادّعت المرأة أكثر ممّا أقرّ به الزّوج فالقول قولها ويخيّر الزّوج في إتمام ما ادّعته وإلاّ تحالفا وفسخ النّكاح ولا صداق لها قال الشّارح: قول المدوّنة بالتّخيير قبل الحلف أجري على النّظر وقد لا يخالف ابن القاسم ابن حبيبٍ في انسحاب التّخيير فيما بعد الحلف لأنّها مسألةٌ أخرى وهي بماذا يتقرّر الفسخ هل بنفس الحلف، أو حتّى يوقع؟ فتأمّله، ثمّ قال في قوله: والحكم في نكول كلٍّ منهما البيتين قال المتيطيّ: واختلف إذا نكلا جميعًا عن الأيمان فقيل ذلك بمنزلة ما لو حلفا وقيل القول قول المرأة قال الشّيخ أبو الحسن: والأوّل أحسن، وكذا ذكر في كتاب السّلم الثّاني اهـ.

وحيثما ادّعى بما قد ينكر ... تردّد الإمام فيه يؤثر

فقال يحلفان والنّكاح ... بينهما الفسخ له يتاح

وجـــعل الـقــول لمـن جـــاء بما　　　يشــبـــه وارتضاه بـعض العلمـــا

يعني أنّه إذا ادّعى أحـد الزّوجين ما يسـتنكر ولا يشبـه من الصّداق في القلّة والـكثرة يعني وادّعي الآخر مـا يشبه فإنّ الإمـام مالكًا رضي الله عنه تردّد في ذلك قوله فـقال مرّةً يتحالفان ويفسخ النّكاح بـينهما وقال مرّةً القول قول من ادّعى منهما مـا يشبه كسائر أبواب الفقه قال المتيطيّ: واختلف أيضًـا إذا أتى أحدهما يعني الزّوجين بما يشبه وأتى الآخر بما لا يشبه ولم يكن بنى بها فقال مالكٌ مرّةً يتحـالفان ويتفاسخان، وقال مرّةً القول قول من أتى بما يشبـه دون الآخر قال الشّيخ أبو الحسن: وهذا أصوب لأنّ ذلك دليلٌ كـالشّاهد يحلف معه من قام له ذلك الدّليل قال ابن حبيب: وسـواءٌ كان اختلافهم في عدد الصّداق، أو في نوعه كان ممّا يصدّقه النّساء، أو ممّا لا يصـدّقنه ا هـ ومراده ببعض العلماء الشّيخ أبو الحسن اللّخميّ قال الشّارح تنبيهٌ: مراد النّاظم إذا ادّعى أحدهما ما يشبـ وادّعى الآخر ما لا يشبه لقلّة، أو كثرة بدليل قـوله وحيثما ادّعى بما قـد ينكر وقوله وجعل القول لمن جـاء بما يشبه وذلك يدلّ علَى أنّ الكلام المتقدّم قبل هـذه الأبيات حيث يدّعيان معًا ما يشـبه، أو يدّعيان معًا ما لا يشبه واللّه تعالى أعلم قال رحمه الله:

والنّوع والوصـف إذا مـا اخــتلفـــا　　　فـيـه للاخـتلاف في القـدر اقـتـفى

يعني أنّ الزّوجين إذا اختلـفا قبل البناء في نوع الصّـداق كأن يقول بثـوب وتقول بمائة وقيمتها متساويةٌ، أو اتّفقا علـى النّوع واختلفا في الوصف قال في التّوضيح كأن تقول بعبدٍ تركيٍّ وقال هو بعبـد زنجيٍّ فإنّ الحكم في ذلك يقتفي ويتبع الحكم في الاخـتلاف في القدر المتقدّم في صدر هذا الفصل وحاصله إنّه إذا لم يرض أحدهمـا بقول الآخر تحالفا وتفاسخا ابن عرفة: فـي الزّوجين يختلفان في قدر المهـر، أو نوعه سمع عيسى عن ابن القاسم عن بعض روايات العتبيّة إن كان قبل البناء فالقـول قول الأب، أو الوليّ إن كانت بكرًا وتحلف إذ ليس لها الرّضا بالمهر، فإن أعطى الزّوج ما حلفت عليه وإلاّ حلف وانفسخ النّكاح وقال في موضع آخـر: وإن اختلفا في نوعـه قبل البناء فللّخميّ مع مـا تقدّم ولابن رشد تحـالفا وتفاسخا ا هـ ابن الحاجب: وإذا تنازعا في قدر المهر، أو صفته قبل البناء من غير موت ولا طلاق تحالفا وتفـاسخا ويجري الرّجوع إلى الأشبـه وانفساخ النّكاح بتمام التّحـالف وغيره كالبيع التّوضيح: احترز بقبل البناء من بعده وسيأتي حكمه وبقوله من غير موت، أو طلاق ممّا لو حصل أحدهما وسيأتي وذكر المصنّف أنّ الحكم التّحالف والتّفاسخ فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت النّكاح ولزم النّاكل ما حلف عليه الآخر وقوله وتحالفا أي بشرط أن تكون مالكةً أمر نفسها وإلاّ فيـحلف من عقد النّكاح عليها من أب، أو وصيٍّ، أو وليٍّ إن كانت محجـورًا عليها قاله المـتيطيّ وغيره ا هـ. ويأتي هذا لابن الحـاجب في قوله وإذا تنازع أبو البكر والزّوج تحالفا ولا كلام لها التّوضيح: قوله: ويجري الرّجوع إلخ أشار رحمه الله إلى

مسائل الأولى: إذا ادّعى أحدهما ما يشبه هل يكون القول قوله أو يتحالفان؟ لمالك فيه قولان اللّخميّ: والأوّل هو الصّواب لأنّ ذلك كالشّاهد يحلف معه من قام له والثّانية: هل ينفسخ النّكاح بتمام التّحالف كاللّعان وهو قول سحنون، أو لا ينفسخ؟ ولكلٍّ منهما الرّجوع إلى قول الآخر وهو قول ابن حبيب والقاضيين ابن القصّار وعبد الوهّاب وبه جرى عمل الأندلسيّين ابن محرز: وهو أصوب ولا شكّ على قول ابن حبيب أنّه ينفسخ بطلاق وانظر على قول سحنون الّذي يقول إنّه ينفسخ بتمام التّحالف كاللّعان هل ينفسخ بغير طلاق أم لا. الثّالثة تبدئة الزّوجة لأنّها بائعةٌ نفسها ولمالك في المختصر أنّه يبدأ الزّوج الرّابعة: إذا نكلا قال اللّخميّ قيل ذلك بمنزلة لو حلفا وقيل القول قول المرأة، وهذا كلّه داخلٌ تحت قوله: وغيره كالبيع اهـ وقوله في البيت فيه أي المذكور من النّوع والوصف ويجوز إفراد الضّمير إذا كان العطف بأو قال رحمه الله:

والقول قول الزّوج فيما عيّنا من قدره مع حلفه بعد البنا

وتحلف الزّوجة إن لم يحلف وتقتضي ما عيّنت بالحلف

لمّا قدّم الكلام على حكم الاختلاف في القدر قبل البناء أتبعه بالكلام عليه بعد البناء وهو تصريحٌ بمفهوم قوله في البيت الثّاني من هذا الفصل، فإن يكن ذلك من قبل البناء وأخبر هنا أنّ القول في ذلك قول الزّوج مع يمينه فإن نكل حلفت الزّوجة وأخذت ما حلفت عليه (قال المتيطي) وإذا كان اختلافهما بعد البناء في عدد الصّداق فالقول قول الزّوج مع يمينه. قال ابن القاسم: لأنّها مكّنته من نفسها فصارت مدّعيةً وهو مقرٌّ لها بدينٍ فالقول قوله مع يمينه وإن نكل فالقول قول المرأة مع يمينها ويكون لها ما حلفت عليه، قال المتيطيّ: هذا هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه اهـ ابن الحاجب: فإن تنازعا بعد البناء فالقول قول الزّوج لأنّه فوتٌ وقال ابن حبيب: يتحالفان مع بقاء العصمة ويجب لها صداق المثل وقيل: إن اختلفا في صفته فما قال ابن حبيب وإن اختلفا في القدر فالقول قول الزّوج مع يمينه التّوضيح: أي فإن تنازعا بعد البناء في القدر، أو الصّفة والأوّل مذهب المدوّنة، ثمّ قال في التّوضيح فرعٌ فإن اختلفا في الجنس بعد البناء فحكى اللّخميّ والمتيطيّ ثلاثة أقوال: الأوّل: أنّهما يتحالفان ويفسخ النّكاح إن كان تنازعهما قبل البناء كان ممّا يصدّقه النّساء، أم لا، وإن كان بعد البناء ثبت النّكاح وتردّ المرأة إلى صداق مثلها ما لم يكن فوق قيمة ما ادّعت، أو دون ما ادّعى الزّوج إلاّ أن يرضى الزّوج أن يعطيها ما ادّعت، وهذا كلّه قول مالك، ثمّ قال: وإذا قلنا بالتّحالف وردّ المرأة إلى صداق المثل فهل يثبت النّكاح وهو المعروف في المذهب ورواه ابن وهب عن مالك، أو يفسخ وهو الّذي في الجلاب اهـ وإلى هذا الفقه بعينه أشار النّاظم رحمه الله بقوله.

وإن هما تخالفا في نوع ما أصدق ما كان فحلفًا ألزما

وفـي الأصحّ يـثـــبت الـنّكـاح ومــهـر مـثـلها لـهـا مـبـاح

فقوله: وإن هما أي الزّوجان تخالفا في نوع الصّداق يعني وكان ذلك بعد البناء بدليل قوله في البـيت قبله مع حلفه بعـد البناء وقوله: ما كـان أي كان ممّا يصدقـه النّساء، أو لا وألف ألزما للتّثنيـة أي ألزما معًا بالحلف، وفي ثبوت النّكاح وهو الأصحّ وفـسخه قولان، وعلى كلٍّ من القولين فلهـا صداق مثلها وتقـدّم هذا في قول التّوضيح وإذا قلنا بالـتّحالف ورد المرأة إلخ ا هـ.

فصل في الاختلاف في القبض

وإن همـــا قـــبل الـبـناء اخـــتلفـــا في القـبض للنّقـد الّذي قـد وصفـا

فـــالـقـــول للـزّوجــة والـيـــمين أو للّـذي في حـــجــره تـكون

يعني إنّ الزّوجين إذا اختلفا قبل البناء فادّعى الزّوج أنّه دفع الحالّ من الصّداق وأنكرت الزّوجة وزعمت أنّها لم تقبضه فـالقول في ذلك قول الزّوجة مع يمينها، أو يمين حاجرها إن كانت محـجورةً قال في التّهذيب: وإذا ادّعى الزّوج أنّـه دفع الصّداق وأنكرت الزّوجة، أو مات الزّوج فادّعت الزّوجة أنّهـا لم تقبض صداقها، أو مات الزّوجـان وتداعى ورثتهـا في دفع الصّداق، فلا قـول للمدخول بها ولورثتها وإن لم يدخل صـدقت هي، أو ورثتها ا هـ (وفي نص التّهذيب) هذا زيادة فـوائد على المحتاج إليه من فقه البـيتين والله أعلم، ثمّ قال رحمه الله تعالى:

والقـول قـول الزّوج بـعـد مـا بنى ويدّعـي الرّفع لـهـــا قـــبل البـنا

وهو لهـا فـيـمـا ادّعى من بعـد أن بنى بهـــا والعـرف رعيـــه حـسن

يعني إذا اختلف الزّوجـان في دفع الحالّ من الصّداق وكان اخـتلافهما بعـد البناء فإن ادّعى الزّوج دفعه قبل البناء فـالقول قوله مع يمينه، وإن ادّعى دفعه بعد البناء فـالقول قولها مع يمينها أيضًا، وتقدّم نصّ التّهذيب لهذا قال الشّارح: مفسّرًا لقول النّاظم: «والعرف رعيه حسن»: وللعرف في هذه المسـائل تأثيرٌ فالحقّ مراعاته قـال: وهذه المسألة الأولى في هذين البيتين قالوا: من باب ارتفاع أصلٍ بغالبٍ لأنّ الـدّخول بالزّوجة دليلٌ عندهم لصحّة دعوى

فصل في الاختلاف في القبض

(وإن همـــا قـــبل البـناء اخـــتلفـــا في القـبض للنّقـد الّذي قـد وصفـا)

إلى آخر الأبيات السبعة. قوله: (وفي نص التهذيب إلخ) ربما يدعي أنه لا زيادة لأن الناظم

الزّوج أنّه دفع نقد المهـر قبله لأنّه الغالب عادةً فـارتفع به أصل عمارة الذّمّة بـخلاف دعواه الدّفع قبل البناء، فلا غالب معه حينئـذٍ فيجبّ البقاء مع الأصل إذ لا معارض له ا هـ، ثمّ قال رحمه الله:

والقـــول واليـــمين للّذي ابتـنى ... في دفـعـــه الـكالئ قـــبل الابـتنا
إن كـــان قـد حلّ وفـي الّذي يحل ... بعـــد بـنائه لهـــا الـقـــول جــعل
ثمّ لهـــا امـــتناعـــهـا أن يدخــــلا ... أو تقـــبـض الحــائـن ممّا أجّـــلا

يعنى أنّ الزّوج إذا بنى بزوجتــه وادّعى أنّه دفع لهـا، أو لحاجـرها الكالئ قـبل البناء وأنكرت ذلك فإنّه إن كان قـد حلّ عليه قبل البناء فالقول قـوله مع يمينه، وإن كان لم يحلّ إلاّ بعد البناء فالقول قولها مع يمينها، وإلى هذا أشار بالبيتين الأوّلين، وأشار بالبيت الثّالث إلى أنّ الكالئ إذا حلّ قبل الـبناء فللمرأة أن تمتنع من الدّخول حـتّى تقبضـه لأنّه صار من جملة الحـالّ. قال في المقرّب: قلت: فـإن تزوّجها بصـداق بعضه مـعجّلٌ وبعضـه مؤجّل ودخل واختلفـا في قبض المؤجّل فقـال: سئل مالكٌ عن رجـلٍ تزوّج بمائة دينارٍ وخادمٍ إلى سنة فنقدها المائة ودخل عليهـا بعد السّنة من يوم تزوّجها، ثمّ اختلفا في قـبضِ الخادمِ فقال مالكٌ إن كان دخل بها بـعد مضيّ السّنة فالقول قول الزّوج، وإن كان دخـل بها قبل مضيّ

قال بعد هذين البيتين: والقول قول الزوج بعدما بنى إلخ والموت كالبناء. **تكميل**: قال في المختصر في هذه المسائل ما نصّه: وفي قبض ما حلّ فقبل البناء قولهـا وبعده قوله بيمين فيهما عبد الوهاب إلاّ أن يكون بكتاب، وإسـماعيل بأن لا يتأخر عن الـبناء عرفًا إلخ. وصاحب التحـفة ترك هذين القيدين، وقيد عـياض ذلك أيضًا بقوله ما نصّه: وما قاله مـالك إنما هو إذا ادعى الزوج دفعه قبل الدخول، وأما إن ادعى دفعـه بعد الدخول فلا يصدق فيه كـسائر الديون إلخ. وترك خ هذا القيد أيضًا وإن ذكـر ما قبله، وكان قـيد عيـاض يفهم ممّا قبله، لأن إذا ادعى أنه دفع بعـد الدخول لم يظهر فرق بين دعواه أنه دفع قبل البناء ولم يبن، وبيّن دعـواه أنه دفع بعده حتى يصدق في الثاني دون الأول، وذلك لأنهم علّلوا أن القول للزوج بعد الدخـول بأن العرف جار أن الزوجة لا تسلم سلعتها قبل قبض عرضها، ولذلك ابن عرفة ترك أيضًا هذا القيد وذكر القيدين الأخيرين، وقد مرّ في المختصر على اعتبار القـيود المذكورة ولذلك لم يقل: وهل إلا أن يكون بكتاب إلخ، وقد نقلنا في الشرح كلام الناس الدال على أن المذهب هو اعتبار القيود المذكورة، ويظهر من الكلام من قيد بالكتاب أن المراد به كتاب مخالف لكتـاب الصداق، وقد بيّنا ذلك في الشرح أيضًا، وهذه المسائل صعاب غاية، فيحتاج القاضي إلى البحث عن العوائد وإلى النظر في أحوال الناس، فإن كثيرًا من أهل البوادي يعطي الزوج منهم لوليّ المرأة مـا يطلبه، ويؤخر عنه بعض الصـداق المقدم لأجل ما أعطيه، ولا يكتب الوليّ أنه بقي عليه كذا، ويدخل الزوج فيأتي القاضي الذي لم يطلع على فعل الناس فيـصدق الزوج في الدفع لدخـوله وذلك خطأ صراح، ومن مـارج الناس ورفع لهم الرأس

السّنة فالقول قول المرأة فكذلك مسألتك وفي النّوادر من كتاب ابن الموّاز قال مالكٌ: لا تقبل دعوى المرأة بعد البناء أنّها لم تقبض صداقها إلاّ فيما يحلّ منه قبل البناء وفي النّوادر عن كتاب ابن الموّاز عن رواية أشهب: من تزوّج بعاجلٍ وآجلٍ فله البناء يدفع المعجّل فإن لم يدخل حتّى حلّ المؤجّل فله منعه حتّى تقبض جميعه ا هـ.

فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق

وكلّ ما يرسل الزّوج إلى	زوجته من الثّياب والحلى
فإن يكن هديّةً سمّاها	فلا يسوغ أخذه إيّاها
إلاّ بفسخٍ قبل أن يبتنيا	فإنّه مستخلصٌ ما بقيا
وإن يكن عاريّةً وأشهدا	من قبل سرّاً فله ما وجدا
ومدّعٍ إرسالها كي تحتسب	من مهرها الحلف عليه قد وجب
ثمّ لها الخيار في صرفٍ وفي	إمساكها من الصّداق فاعرف
ومدّعي الإرسال للثّواب	شاهده العرف بلا ارتياب

يعني أنّ ما يرسله الزّوج ويبعثه إلى زوجته قبل البناء من الثّياب والحليّ وغير ذلك، ثمّ يقع الفراق بطلاقٍ أو يفسخٍ فهل يرجع ذلك للزّوج، أو تستبدّ به الزّوجة؟ في ذلك

اطلع على ما هو أكثر من هذا، هنا يحتاج القاضي إلى السؤال عن الأحوال والبحث عن شأن النسوان والرجال، فربما تكون المرأة راغبة في الزواج غاية فتؤخر عنه، وربما يكون العكس فلا، ومن راقب الله منحه هداه، ولكن قف على الشرح تر ما ينجي من عذاب الله بحول الله وقوته.

فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق

(وكل ما يرسله الزوج إلى زوجته من الثياب والحلي)

إلى آخر الأبيات السبعة. وملخصها إن سمّى ذلك هدية فلا يرتجعه إلاّ في فسخ النكاح قبل البناء فله ارتجاع ما بقي فقط، وإن أشهد سراً بأن ذلك عارية فله ارتجاع ما وجد من ذلك في الفسخ والطلاق، وإن ادعى أن ذلك من الصداق حلف وخيّر الزوجة في ردّ ذلك له وعد من الصداق، وإن ادعى أن ذلك هبة للثواب فذلك مصروف للعرف إلخ، وهذا باختصار من شرحها لكن بيانها في شرحنا وفي المختصر وفي تشطر هدية بعد العقد وقبل البناء أو لا شيء له وإن لم تفت إلاّ أن يفسخ قبل البناء فيأخذ القائم منها لا إن فسخ بعده روايتان إلخ. فقوله: بعد العقد أي وقبل البناء أي وطلق قبل الدخول، وحاصل كلام الناس في هذا إن أهدى هدية قبل البناء وطلق

تفصيلٌ فإن سمّي ذلك هديّةً فليس له ارتجاعه وكان للزّوجة إلاّ أن يفسخ النّكاح بينهما قبل البناء بوجه من وجوه الفسخ فله حينئذ استخلاص ما بقي دون ما ضاع منها، فلا تطالب به وعلى ذلكَ نبّه بالأبيات الثّلاثة الأول، وإن أشهد الزّوج سرًّا بأنّ ذلك عاريّةٌ للزّوجة فله استرجاع ما وجد منها في الطّلاق والفسخ وبقاء العصمة، فإن ادّعى إرسالها تحسب له من المهر حلف على ذلك وكانت الزّوجة مخيّرةً بين صرف ذلك للزّوج وردّه له، أو تحبس ذلك وتحسبه من المهر كما زعم الزّوج وإن ادّعى أنّ ذلك هبةٌ للثّواب رجع بذلك للعرف، فإن شهد له العرف صدّق في دعواه وإلاّ، فلا (قال في النّوادر) والعتبية: روى عيسى وأصبغ عن ابن القاسم فيمن أهدى هديّةً لزوجته، ثمّ طلّق قبل البناء والهداية قائمةٌ، فلا شيء له فيها ولو عثر على فساد النّكاح بفسخ فما أدرك منها أخذه وما فات، فلا شيء له فيه قال عنه أصبغ ولو طلّق عليه لعدم النّفقة وشبه هذا فهو كطوعه بالطّلاق، فلا شيء له فيه، وكذلك قال ابن حبيب إذا أهدى، ثمّ طلّق قبل البناء. وفي النّوادر من كتاب ابن الموّاز: قال ابن القاسم ومن بعث إلى زوجته متاعًا وحليًّا وأشهد أنّه عاريّةٌ ولم يعلم أولياؤها فذلك على ما أشهد إن أدركه أخذه وإن تلف ولم تكن علمت بما أشهد حتّى تقبله على العاريّة، فلا ضمان عليها وفي النّوادر أيضًا من الواضحة: وما أهدى النّاكح من حليٍّ، أو ثياب، ثمّ أراد أن يحتسب ذلك في الصّداق فليس له ذلك إذا سمّاه هديّةً وإن لم يسمّه هديّةً حلف ما أرسله هديّةً وما بعثه إلاّ لينقصه من الصّداق فذلك له فإن شاءت الزّوجة قاصّته به، أو ردّته وقاله أصبغ عن ابن القاسم وقاله غيره من أصحاب مالك وفي المقرّب: قال مالكٌ: وليس بين الرّجل وامرأته ثواب في الهبة إلاّ أن يعلم أنّها أرادت بذلك الثّواب مثل أن يكون الرّجل الموسر تكون لامرأته الجارية الفارهة فطلبها منها فتعطيه إيّاها لتستغزر عطيّته، وكذلك الرّجل فيما يهب لزوجته. وفي الوثائق المجموعة: فإن لم يسمّ هديّةً ولا أعلن بها وادّعى

قبله أو بعده فلا رجوع له مطلقًا وإن كانت قائمة لأنه طلق باختياره ولا خلاف في ذلك، وإن طلق لعدم الإنفاق فكذلك على الراجح وهو قول ابن القاسم، ولأجل اتهامه على إخفاء مال اتبع بنصف الصداق عند الطلاق عليه بذلك، وعليه فالطلاق مبطل لها مطلقًا وإن فسخ قبل البناء، فيأخذ القائم منها على الراجح فيما يظهر، وإن فسخ بعد البناء فقد فاتت وإن كانت قائمة كالطلاق، وإن كانت الهدية بعد الدخول والطول فلا رجوع فيها، وإن لم يكن طول فله أخذ هديته، وهذا كله في الهدية المتطوع بها ولم تشترط ولا جرى عرف فيها، وأما إن اشترطت فكالصداق في جميع الأحوال وإن جرى بها عرف فأجراها ابن حبيب، كذلك على القول الذي يقضي بها فللنصف في الطلاق قبل الموت وتكمل به وأبطلها مالك في الموت والطلاق، وعلى قول من لا يقضي بها فهي كالمتطوع بها من غير شرط إلخ. وهذا كله في الهدية، فافهم به ما لم يذكره هذا الشارح، وانظر عند قول المتن: وهدية اشترطت لها أولوليها، وعند قوله: وفي القضاء بما يهدي عرفًا قولان في الشرح.

أنّه أرسل لها ثيـابًا ليكافأ عليها فـإنّه ينظر إلى حال أهل البلد فإن كان المتـعارف عندهم أنّ الرّجال إنّمـا يهدون إلى نسائهم ليكافئـوا على ذلك كان القول قـوله فإن لم تكن في البلد سيـرةٌ بالمكافأة ولا رئي من الزّوج إنّ ذلك كان منه على طلب المكافـأة ولا ذكر وجهًا غـير طلب المكافأة ولم ير في وقت الهـديّة ما يدلّ على إرادته الّتي ذكر لم يكن له فيهـا قيامٌ إن شاء اللّه تعالى.

وشـرط كـسـوةٍ من المحظور للزّوج في العـــقـد عـلى المشـــهـــور

يعني: أنّ اشتراط الزّوج عـلى الزّوجة كسوةً له في نفس عقـد النّكاح محظور وممنوعٌ على المشهور من المذهب لأنّه جـمع بين النّكاح والبيع وذلك ممنوعٌ لافتراق أحكامـهما لأنّ البيع مبنيٌّ على المكايسة[٦٠] وتجوز فيه الهبة والنّكاح مبنـيٌّ على المكارمة ولا تجوز فيه الهبة فافترقا فـإذا جمعا لم يدر ما ينوب البضع ولا ما ينوب الكسوة مـثلاً ممّا أعطى الزّوج فمآل ذلك إلى الجهل بالصّداق وبعوض الكسوة، والجهل في ذلك ممنوعٌ وقيل في وجه المنع أيضًا إنّ الكسوة قـد تساوي ما أعطى الزّوج فيـخلو البضع عن العوض والقـائل بهذا يمنع ذلك، ولو كان فيما أعـطى الزّوج فضلٌ كثيرٌ على ما أعطته المرأة حمـايةً للذّرائع فيخشى إن صحّ الأمر من هذين أن لا يصحّ من غيـرهما فإن وقع ذلك فسخ قبل الـبناء وثبت بعده بصداق المثل، وفهم عن قوله وشـرط أنّ ذلك يجوز إن كان طوعًا بعد العقـد وللزّوج يتعلّق بشرط (قال الشّـارح: وفي وثائق ابن سلمون تقرير العـمل) بهذه المسألة وكـأنّه ارتكب فيها غـير المشهور واللّه أعلم وتقدّم نحو هذه المسألة في قول الشّيخ:

ويفـســـد النّكـاح بالإمـــتـــاع في عـــقــدته وهو عــلى الطّوع انتــفى

فراجعه إن شئت.

فصل في الاختلاف في الشوار المورد بيت البناء

والأب إن أورد بـيـــت مـن بـــنـى بـينتـــــه البـكر شــــوارًا الابتـنا

قوله: **(قـال الشارح: في وثائق ابن سلمـون إلخ)** انظر عند قـول المختصـر: وهو طلاق إن اختلف فـيه، وعند قوله: أو باجتـماعه مع بيع إلخ في فصل الصـداق، وعند قوله: ولو طولب بصداقها لموتها إلخ في فصل التفويض.

فصل في الاختلاف في الشوار المورد بيت البناء

(والأب إن أورد بـيـــت مـــن بـــنـى بـبـنتـــــه البـكـر شــــوار الابـتـنـا)

---

(٦٠) الكياسة: الفطانة في استنباط ما هو أنفع.

وقـــام يـدّعي إعـــارةً لما زاد على نقــدٍ إليــه سلّمــا
فـالـقـول قـوله بـغـيـر بـيّنه ما لم يطل بعد البنا فوق السّنه
وإن يكـن بما أعــار أشـهــدا قـبل الدّخـول فـله مـا وجـدا
وفي سـوى البكر ومن غـير أب قـبـول قـولٍ دون إشـهـادٍ أبي
ولا ضـمـان في سـوى مـا أتلفت مـالكةٌ لأمـرها الـعلم اقـتـفت

يعني أنّ من زوّج ابنته البكر وأورد شوارها بيت بناء الزّوج بها أي أرسل الشّوار (وهو ما اشترى لها بنقدها) من ثياب وحليٍّ وغطاء ووطء وغيـر ذلك لبيت البنت المذكورة فكان ذلك تحت يدها، ثمّ ادّعى الأبُ أنّ الشّوار المذكورَ، أو بعضـه عاريّةٌ بيدها فـإنّه ينظر فإن كانت قيمة الشّوار مثل ما قبض من صـداق ابنته، أو أقلّ، فلا تقبل دعواه ولا يلتفت إليها وإن زادت قيمتـه على ما قبض فتقبل دعـواه العاريّة في ذلك الزّائد مع يمينه إن ادّعى ذلك

إلى آخر الأبيات الستة. قوله: **(وهو ما اشترى لها إلخ)** هذا غير مناسب لقوله: ثم ادعى إلخ بدليل التأمّل، وقد قال في المختصر في هذه المسائل في فصل التفويض ما نصّه: وقبل دعوى الأب فقط في إعارته لها في السنة بيمين وإن خالفته الابنة إلاّ إن بعد ولم يشهد اهـ. وقد أكثر الناس الكلام في هذه الأمور غاية، ولكن نضمنه تقرير المتن فنقول وفي الله المأمول: فقوله: وقبل دعوى الأب إلخ يشعر بأنه لا بينة له على العارية وهو كـذلك. وقوله: الأب يشعر أيضًا بأنها بكر في حجره وكذا من في حكمها وهي الثيب المولى عليها، وربما يشعر أيضًا بأن الوصي كالأب في محجورته ولو ثيبًا وهو كذلك إذ المدار على كـون المعير له النظر في مال البنت المدعى عليها العارية. وقوله: الأب يـقتضي أن الأم بخلاف ذلك وهو كذلك إلاّ أن تكـون وصية وإن لم تكن وصيـة، فالصواب على مـا يظهر من كـلام الناس أنها لا مقـال لها، ولا تصـدق قبل السنة ولا بعدها، وفيها كلام طويل نقـلناه في الشرح، ولكن انظر عند قول المتن كـأم إن قلّ في الوصايا، وعند قوله: وقسم عن صغير أب إلخ في كتاب القسمة، وعند قوله: لا حاضر في كتاب الحجر، فإن من وقف على هذه المواضع يظهر له أن الأم كـالأب في هذا المحل، وبه أفتى ابن عرفة أولاً، وإن توقف في ذلك حين عورض في المسـألة كما في البرزلي، ولكن مال لـكلام ابن عرفة بعض الشيوخ للعرف كـما في حلوله، وهذا يرجع على ما يفهم من كلام الناس أنهـا مخالفة للأب من جهة، فإن الأم إذا كانت رشيدة جلدة والبنت منضمة إليها بارة بها ولا أب للبنت فإنها كالأب في هذا بدليل العـرف، فـإن من مـارج الناس علم أن الأم بالوصف المذكـور كـالأب أو أكثـر، لأن الأمهات رأيناهن يعـرن بناتهن الحوائج العظيمة الأثمان ويتكـلفن في ذلك غاية وتفعل ذلك، ولا ترجع عن فعلها إلاّ إذا لم تجد لذلك سبيلاً بكل حـال، ولا سيما في بلدنا فاس أدامها الله لأهلها وأمنهم بها، فإن نسائها يجتهدن في هذا لبناتهن غاية ويبلغن في ذلك النهاية، ولا سيما له إن كن من أهل البيوتات وممّن تنافس في هذا ومـروءة تامة وممّن يخفن من العار، فافـهم هذا يظهر غاية

داخل السّنة من يوم البناء بالبنت المذكورة فإن انقضت لم تقبل دعواه وإلى هذا أشار بالأبيات الثّلاثة الأول هذا إذا كانت العاريّة المذكورة بمجرّد دعوى الأب، وأمّا إن شهد بالعاريّة قبل البناء بالبنت يعني، أو بعده بالقرب جداً فللأب من تلك العاريّة ما وجد منها دون ما تلف، فلا تضمنه البنت إن لم تعلم بالعاريّة كما يأتي وإلى هذا أشار بقوله وإن يكن بما أعار أشهدا البيت، ثمّ صرّح بمفهوم وصف البنت بالبكارة وبمفهوم الأب في قوله والأب فأخبر أنّ الزّوجة إذا كانت ثيّبًا، فلا تقبل دعوى الأب العاريّة لها لا داخل السّنة ولا بعدها وأحرى عدم قبولها من غير الأب كالأمّ أم غيرها كالوصيّ والوليّ وأنّ مدّعي العاريّة إن كان غير أبٍ كأمٍّ، أو وصيٍّ، أو ولي لم تقبل دعواه لا للبكر ولا لغيرها وإلى هذين المفهومين أشار بقوله وفي سوى البكر ومن غير أبِ البيت، ثمّ بيّن ما يضمن من العاريّة وما لا يضمن منها فقال ولا ضمان في سوى ما أتلفت يعني إذا صحّت العاريّة فوجد المعار تالفًا كلّه، أو بعضه، فلا ضمان على البنت المذكورة فيما تلف إلاّ في وجهٍ واحدٍ وهو إذا

فاشدد عليه يديك إن كانت الأم عليّ ما وصفنا، واجتهد وراع القرائن ولا تجازف فالأمر صعب غاية وبالغ في الشدة النهاية. وقوله في إعادته أي فيما زاد على ما دفعه الزوج من النقد كما هو في كلام الناس من كل من وقفنا على كلامه ولكن لم يذكره في المتن وذلك لوضوحه، لأن النقد إذا قبضه وهو عشرون وشورها[٦١] بعشرين فلا معنى لقوله نصفها عارية مني لها، فللّه درّ المصنف، وبيّنا ذلك في الشرح غاية، وقد قال في المتن ولزمها التجهيز على العادة، وقد ذكروا أن المدار هنا على العرف، وقد أشار لذلك ابن عبد السلام وذكر في ذلك مسألة يطول جلبها بنا هنا وذكرناها في الشرح، وأن العادة إذا جرت بالإعارة فلا عبرة بالطول ولو أكثر من سنة. وقوله في السنة في الفائق ليست السنة بطول قاله في واضحة ابن حبيب، وبه قال واحد من الموثقين والفقهاء المحققين هذا لفظه، ولكن الخلاف في المسألة، وقوله بيمين ظاهر المتن عرف المال للأب أو لا، كان بقرب البناء أو لا، لأن البكر ترشد وهو قول المتن كبكر رشدت، لكن الرشيدة هو بالنسبة إليها كأجنبي، ولكن العلة هنا كون المال له فيه تصرف وإلاّ لم يخص الأب بهذا دون الإمام على الخلاف المتقدم. وقوله لها ضميره يعود على مدلول قوله: ولأبيها بيع رقيق إلخ. وهذه محجورة لأبيها، فيفهم القيد من المتن بالمحجورة. وتقدم كلام في الرشيدة. وقوله: لا إن بعد إلخ البعد هو تمام السنة بدليل قوله في السنة، وقوله: ولم يشهد أي وأما إذا أشهد فإنه يقبل ولو بعد أكثر من السنة كان الإشهاد بالعارية على البنت وهي حاضرة، أو أشهد بأن هذا عارية ولم تحضر، وهو كذلك إذا شهد الشهود أنه أدخله بيت زوجها. وفي البرزلي عن ابن فتحون: إذا ساق سوى نقدها من أسباب وأورده فإن صرّح بالهبة فلا ردّ وبالعارية يردّ وإن سكت إلخ. وإذا وجد الإشهاد بالعارية فإنه يسترجع ما أشهد بعاريته وإن طال الزمان، ولا فرق في البنت بين رشيدة من غيرها وبين مقرّة ومنكرة، إذ البينة بالإشهاد بالعارية هي المعتبرة، ولا فرق بين أب

---

(٦١) شورها: جهاز العروس أو المتاع المستحسن.

علمت بالعاريّة وكانت رشيدةً. أمّا الجاهلة بالعاريّة، فلا ضمان عليها ولو رشيدةً، وكذا العالمة بها وهي محجورةٌ، فلا غرم عليها أيضًا قال في منتقى الأحكام: قال ابن حبيب وإذا ادّعى الأب بعض ما جهّز به البكر بعد دخول الزّوج أنّه له وإنّه أعاره إيّاها فالقول قولُه مع يمينه إذا كان فيما ساقت إلى زوجها وفاءً بما أعطاها سوى هذا الّذي يدّعيه الأب وسواءٌ عرف له قبل ذلك، أو لم يعرف أقرّت به الابنة، أو أنكرته ما لم يطل زمن ذلك جدًّا وليست السّنة طولاً ولا يكون هذا إلاّ للأب في ابنته البكر لأنّ ما لها في يده والقول فيه قوله، وأمّا الابنة الثّيب، فلا لأنّه لا قضاء للأب في مالها وإنّما هو في يدها، وكذلك سائر الأولياء في البكر والثّيب ليس لهم ذلك وإنّما جاز ذلك للأب في البكر خاصّةً كذلك أوضح لي من كاشفت من أصحاب مالك وانظر إذا كان قد أشهد على الشّورة قبل ذلك. وقال أشهدكم أنّها عاريةٌ بيد ابنتي، ثمّ قامَ يطلبها فله ذلك بكرًا كانت أو ثيّبًا قاله في سماع أصبغ وعلى هذا يكون حكم سائر الأولياء مع الإشهاد إذا أدخله بيتها ببيّنة، وإن تلف ذلك الشّيء وكانت بكرًا، فلا ضمان عليها وإنّ علمت بالعاريّة إلاّ أن يكون هلاكه بعد أن رشدت فتضمنه إلاّ أن تقوم لها بيّنةٌ بالتّلف من غير سببها وإن لم تعلم، فلا شيء عليها وإن كانت رشيدةً ثيّبًا يوم أخرجها وعلمت ضمنت، وإن لم تعلم لم تضمن ا هـ قال

وغيره، بل سائر الأولياء ينفعهم الإشهاد المذكور كما في ابن سلمون وغيره، وهذا في شروح المتن وغيرها، وقد قال الحطاب: نقل البرزلي عن فتوى أشياخه أن حكم الإشهاد بعد الدخول في المدة التي يقبل فيها دعوى الأب في العارية حكم الإشهاد قبل الدخول، ثم ساق نصّه ثم قال: يفهم منه اختصاص الانتفاع بالإشهاد بعد الدخول بالأب والوصي في البكر والثيب المولى عليها والأم على فتوى ابن عرفة وهو ظاهر والله تعالى أعلم اهـ. قلت: والمصنف قال: ولم يشهد أي الأب ولم يقتد وقت الإشهاد فيدخل ما قاله البرزلي، ولعله لأجل ذلك خصّ الإشهاد بالأب إذ هو اللائق بالاختصاص والشمول الذي ذكره البرزلي، أي كون الإشهاد قبل الدخول أو بعده في الوقت المذكور ولم يهتمل بكون غير الأب ومن في حكمه كالوصي في المولى عليها، لأن البينة بالعارية كافية في الاسترداد، سواء كان المشهد أبًا أو لا إذ لا تصديق في هذا، وإنما هو حق أشهد عليه فيردّ له كالعواري كلها إذا أشهدها المعير والودائع، انظر تمام هذا التقرير في الشرح باعتبار ما يشمله المتن، وباعتبار حسن اختصاره رحمه الله تعالى. وقوله: فإن صدقته ففي ثلثها يفهم منه أن هذا في الرشيدة إذ هي التي حجر عليها في زائد ثلثها ولذلك قال الحطاب بعد أنقال ما نصّه: حاصله إنه إذا بعد ولم يشهد فلا يقبل قوله إذا كذبته البنت وكذا إذا صدقته وكانت سفيهة، وإن صدقته وهي رشيدة ففي ثلثها إذا كان على وجه العطية، وإن لم يكن على وجه العطية فقال القرافي في الذخيرة في كتاب الحجر قال في النوادر قال عبد الملك: إذا أقرّت في الجهاز الكثير أنه لأهلها جملوها به والزوج يكنيها، فإن لم يكن إقرارها بمعنى العطية نفذ أي وبمعنى العطية ردّ إلى الثلث اهـ. فاستعن بهذا زيادة على ما في هذا الشارح فإنه صحيح وأنقاله في الشرح، ولا تجازف في حقوق الناس تسلم من جميع الناس إن شاء الله تعالى.

الشّارح رحمه الله: هذه الأبيات السّتّة من الأبيات الجامعة، ثمّ قال ولم يبق ممّا نقل من منتقى الأحكام شيءٌ لم ينصّ عليه الشّيخ رحمه الله ما عدا عدم ضمان الرّشيدة ما قامت لهَا البيّنة على تلفه من غير سببها خاصّةً ا هـ وباللّه التّوفيق.

فصل في الاختلاف في متاع البيت

وإن متاع البيت فيه اختلفا	ولم تقم بيّنةٌ فتقتفى
فالقول قول الزّوج مع يمين	فيما به يليق كالسّكّين
وما يليق بالنّساء كالحليّ	فهو لزوجةٍ إذا ما تأتلي
وإن يكن لاق بكلٍّ منهما	مثل الرّقيق حلفا واقتسما
ومالكٌ بذاك للزّوج قضى	مع اليمين وبقوله القضا
وهو لمن يحلف مع نكول	صاحبه من غير ما تفصيل

يعني أنّه إذا اختلف الزّوجان في متاع البيت وأثاثه وادّعاه كلّ واحد منهما لنفسه فإنّه يفصّل في ذلك فما كان منه يليق بالرّجل كالسكّين والرّمح والفرس والكتاب فيحكم به للرّجل مع يمينه ما لم تقم له بيّنةٌ، فلا يمين عليه، وما يليق بالمرأة كالحليّ وما لا يلبسه الرّجال فيحكم به للمرأة مع يمينها ما لم تقم لها أيضًا بيّنةٌ، فلا يمين عليها وعلى كون هذا الحكم إذا لم تقم بيّنةٌ نبّه بقوله ولم تقم بيّنةٌ فتقتفى وما يليق بكلٍّ منهما كالرّقيق والثّياب الّتي يلبسها الرّجال والنّساء ففيه قولان: أحدهما أنّهما يتحالفان ويقسم بينهما أنصافًا والثّاني: (وهو المشهور) أنّه يحكم به للزّوج أيضًا بعد يمينه وبهذا القول الحكم والقضاء وإلى هذين القولين أشار بالبيت الرّابع والخامس وأشار بالبيت السّادس إلى أنّ من ادّعى من الزّوجين ما يليق به ولا بيّنة له وقلنا القول قوله مع يمينه فنكل عن اليمين وحلف الآخر، فإنّ ذلك يكون للحالف لأنّ نكول المدّعي كالشّاهد عليه فيحلف المدّعى عليه ويستحقّ ولا فرق في ذلك بين الرّجل والمرأة وعلى ذلك نبّه بقوله من غير ما تفصيل واليمين من

فصل في الاختلاف في متاع البيت

(وإن متاع البيت فيه اختلفا ولم تقم بينة فتقتفي)

إلى آخر الأبيات الستة. قوله: (وهو المشهور) هذا قول فقهاء المدينة وقال به أبو حنيفة وهو قول مالك. وقال الشافعي: لا يقدم أحدهما فيه إلاّ بحجة، وقد قال ابن رشد في البيان ما نصّه: يد الزوج هي العلية على يد الزوجة هنا، ذكر ذلك عن ابن القاسم إلخ، وهذا قريب من قولهم:

الزّوجين على البتّ (ومن ورثة الزّوجين على العلم) نقله الشّارح في سياق كلام النّوادر عن الواضحة ابن الحاجب: وإذا اختلفا في متاع البيت حرّين أو عبدين، أو مختلفين ولا بيّنة

لأن البيت بيته إلخ. قوله: (ومن ورثه الزوجين على العلم إلخ) هذا في المدونة في النصف، وتراه هنا إن شاء الله تعالى، وهذه المسائل كثيرة فانظر شرحها عند قول المختصر: وفي متاع البيت فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين وإلاّ فله بيمين ولها الغزل إلاّ أن يثبت أن الكتان له فشريكان، وإن نسجت كلفت بيان أن الغزل لها، وإن أقام الرجل بينة على شراء ما لها حلف وقضي له به كالعكس، وفي حلفها تأويلان، وكلام المدونة هنا حسن غاية ونصّها: باب في اختلاف الزوجين في متاع البيت. وإذا اختلفا في متاع البيت وهما زوجان أو عند طلاق أو خلع أو لعان أو فراق بإيلاء أو غيره أو ماتا أو أحدهما فاختلف الورثة والزوجان حران أو عبدان أو أحدهما عبد أو مكاتب والآخر حر أو كان أحدهما مسلمًا والآخر كافراً فإن لم تقم بينة قضي للمرأة بما يعرف أنه للنساء وللرجل بما يعرف أنه للرجال أو للرجال والنساء لأن البيت بيته، وما ولي الرجل شراءه من متاع النساء وأقام بذلك بينة أخذه بعد يمينه أنه ما اشتراه لها، وما اشتراه إلاّ أن يكون لها أو لورثتها بينة أنه اشتراه لها، وما كان في البيت من متاع الرجل أقامت المرأة فيه بينة أنها اشترته فهو لها مع يمينها وورثتها في اليمين والبينة بمنزلتها، إلاّ أنهم يحلفون على علمهم أنهم لا يعلمون أن الزوج اشترى هذا المتاع الذي تدعي من متاع النساء، ولو كانت المرأة حية حلفت على البنات وورثة الرجل بهذه المنزلة والمتاع الذي يعرف للنساء مثل الطست والتور والمنارة والقباب والحجال والأسرة والفرش والوسائد والمرافق والبسط وجميع الحلي إلاّ السيف والمنطقة[٦٢] والخاتم فإنه للرجال، وللرجل جميع الرقيق ذكرانًا وإناثًا. وأما أصناف الماشية وما في المرابط من خيل وبغال وحمير فلمن حازها ولمن أقام بينة منهما فيما يعرف للآخر كان له، ولا أبالي في هذا الاختلاف كانت رقبة الدار لأحدهما أو لغيرهما، وإن اختلفا في الدار بعينها كانت للرجل، وليس على المرأة من خدمتها وخدمة بيتها شيء اهـ. بلفظ أبي سعيد من الكتاب الثاني بعد التفويض، وفسّره أبو الحسن بكلام طويل حسن غاية، ونقلناه بلفظ في الشرح وقيد بعض كلامها وزاد عليه كثيراً قف عليه تر العجب العجاب وما يسحر الألباب، وكتبنا الجواب عمّا استشكل من كلام المصنف في الغزل والثوب، والحاصل أن هذا المحل صعب والكلام فيه طويل قد استوفيناه في الشرح، ولكن مداره رعاية الأعراف مع التدبّر لذلك والإنصاف، ولكن نختصر شيئًا من كلام الناس على المدونة في ضمن تقرير كلام المختصر، فقوله: وفي متاع البيت أي وإن تنازع الزوجان هذا الذي يدل عليه سياق المتن، ويحتمل وإن تنازع رجل وامرأة حتى يشمل غير الزوجين وذلك صحيح كما في كلام الناس. وقوله: متاع البيت أي ما هو فيه، وأما الخارج عنه فهو لمن حازه. وقوله: فللمرأة إلخ أي ما لم تقم بينة للرجل أنه له وإنما لم يذكره في المتن لأن البينة أقوى من العرف بدليل الحلف معه دونها وهذا بيّن فلذلك لم يذكره المصنف، مع أن التنازع التام إنما يكون عند عدم البينة وافهم مثل هذا في العكس. وقوله: فللمرأة أن تدعي أنه ملكها ولا يكفي أن تقول هذا من متاع النساء كما

---

(٦٢) المنطقة: ما يشد به الوسط.

قضي للمرأة بما يعرف للنّساء كالطّست والمنارة والقباب والحجال والفرش والبسط والحليّ وللرّجل بما يعرف للرّجال وبما يعرف لهما لأنّه بيته وعن ابن القاسم أنّه بينهما بعد أيمانهما.
التّوضيح: فإن قامت للمرأة بيّنةٌ بما يعرف للنّساء قضي لها به من غير يمين، وكذلك هو وإن لم تقم لأحدهما بيّنةٌ وإليه أشار بقوله ولا بيّنة فإنّه يقضى للمرأة بما يعرف للنّساء وللرّجل بما يعرف للرّجال خاصّةً ويقضى له أيضًا بما يعرف للرّجال والنّساء لأنّ البيت للرّجل، وهذا هو المشهور وروي عن ابن القاسم مثله إلاّ فيما يعرف لهما فإنّه قال إنّما يكون بينهما بعد أيمانهما وإليه أشار ابن الحاجب بقوله وعن ابن القاسم أنّه بينهما لأنّ الضّمير في أنّه عائدٌ على ما يصلح لهما، ثمّ قال وإذا فرّعنا على المشهور فهل عليه يمينٌ وهو قول ابن حبيب ابن عبد السّلام، وهو مذهب المدوّنة عندهم، أو لا يحتاج إليها وهو قول سحنون ورأى صاحب البيان أنّه لا يختلف في توجّه اليمين والطّست إناءٌ مبسوط القاع معطوف الأطراف يعمل في الغالب من النّحاس يعدّ في الغالب لغسل اليدين والمنارة الشّيء الّذي يوضع عليه السّراج (والقباب جمع قبّة) والحجال قال بعض الفقهاء هي السّتور. وقال الجوهريّ: الحجلة بالتّحريك واحدةُ حجال العروس وهي بيتٌ يزيّن بالثّياب والأسرّة والسّتور أصبغ وأبو عمران وغيرهما، (وهذا محمولٌ على أنّ العرف جارٍ بذلك) أي وإن كان العرف في

في المفيد عن ابن فتوح قائلاً: وكذلك في الرجل، وقوله بيمين هذا هو المذهب ولا عبرة بغيره، لكن إذا نكل وحلف صاحبه أخذه صاحبه لأن النكول منه كشاهد قام لصاحبه، وهذا مبسوط دليله في الشرح فتقف عليه إن شئت. قوله: (والقباب جمع قبة إلخ) لم يفسر معنى القباب وإنما ذكر مفردها بلا تفسير له، لكن في أبي الحسن على المدونة ما نصّه: الطست هو الطاس والتور إناء من نحاس يقال له القمقم، وذكر عياض أنه البوقال وهو الإبريق والمنارة معلومة، والقباب جمع قبة وهي الكلة، والحجال مثل الستور، والأسرة جمع سرير، والفرش جمع فراش، والوسائد جمع وسادة، والمرافق الأسطراميات إلخ. وهذا منه بلفظه. وهذا التفسير أولى من غيره فاعزفه. قوله: (وهذا محمول على أن العرف جار بذلك إلخ) هذا صحيح إذ المدار على عرف كل بلد في هذه الأمور الكثيرة الانتشار غاية ولا ضابط لها غير العرف، ولذلك ابن يونس صدرها بقوله ما نصّه: الأصل في هذا قوله تعالى: ﴿خذ العفو وأمر بالعرف﴾ [الأعراف:١٩٩] فالعرف فاصل يقضى به هذا لفظه: ونقله أبو الحسن وزاد بأثره والعرف عندنا دليل من أدلة الشرع فيقيد المطلق ويخصص العام ويكون شاهد المدعية إلخ. وقال ابن يونس أيضًا عند ذكر المدونة الخاتم ما نصّه: قال أبو عمران: إنما ينظر في متاع الرجال والنساء إلى العرف فيحكم به إلخ. وعبارة ابن راشد: إنما يرجع في ذلك أهل كل بلد إلى ما هو العرف عندهم إلخ. وفي نهاية المتيطي بعد كلام ما نصّه: وبالجملة فالتحاكم في ذلك لعرف أهل البلد، فمن شهد له العرف بشيء حلف وأخذه إلخ. وفي تبصرة ابن فرحون ما نصّه: وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين قرب متاع يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال، ويشهد في بلد آخر أو زمان آخر أنه للنساء، ويشهد في

شيء مما ذكر أنّه للرّجل قضي له وما ذكره المصنّف في البسط تبع فيه المدوّنة وهو جارٍ على العرف عندنا بمصر في أنّ المرأة تأتي بها، وأمّا إن طال الأمر فالرّجل هو الّذي يخلفها ابن راشد وعندنا أنّها معروفةٌ للرّجال قال في المدوّنة: ويقضي للمرأة بجميع الحليّ إلاّ السّيف والمنطّقة والخاتم فإنّها للرّجال وللرّجل جميع الرّقيق ذكرانًا وإناثًا وأصناف الماشية، وما في الحوائط من خيلٍ، أو بغالٍ فلمن حاز ذلك قبل وإن لم يكن حوزًا فالمركوب كلّه للرّجل. وقوله في المدوّنة والخاتم ابنَ يونس أي الفضّة يعني، وأمّا الذّهب فهو للمرأة خليلٌ وجرت العادة عندنا بأنّ صياغة خاتم الرّجل لا تشابه صياغة خاتم المرأة فيرجع إلى ذلك، وأمّا الرّقيق فما قاله في المدوّنة ظاهرٌ في الذّكور، وأمّا الإناث فقد تكون للنّساء وقد تكون للرّجال مالكٌ في المدوّنة، وأمّا إن اختلفا في الدّار قضي بها للرّجل، ثمّ ذكر فرعين: (الأوّل، إن طلّقها) وعليها ثيابٌ فطلبته بالكسوة فقال لها ما عليك فقولي وقالت بل هو لي، أو عاريةٌ عندي فثلاثة أقوال قيل القول قول الزّوج وقيل قول الزّوجة وقيل إن كانت من كسوة البذلة فالقول له مع يمينه وإلاّ فقولها مع يمينها فإذا حلفت كساها الفرع الثّاني: إذا اشترى لزوجته ثيابًا فلبستها في غير البذلة[٦٣]، ثمّ فارقها وادّعى أنّها عاريةٌ وأنكرته فقال الدّاوديّ إن كان مثله يشتري ذلك لزوجته على وجه العاريّة فالقول قوله مع يمينه وإلاّ فقولها وسواءٌ كان لباسها، أو لا قليلاً كان، أو كثيرًا قريبًا، أو بعيدًا وقال غيره القول قوله مطلقًا ا هـ كلامٌ ابن راشد ا هـ كلام التّوضيح وفي المختصر: وإن أقام الرّجل بيّنةً على شراء ما لها حلف وقضيَ له به كالعكس وفي حلفها تأويلان: المواق: ابن الهنديّ: إن كسا الرّجل زوجته كسوةً، ثمّ طلّقها فأراد أخذ كسوته فإن مضى لها ثلاثة أشهرٍ فهي للمرأة وإن كان أقلّ فهي للرّجل وقع هذا في القذف من المدوّنة لكن قال شهور فحمل على ثلاثة أشهرٍ ويبقى النّظر في ثياب غير المهنة إذا لم يشهد أنّها زينةٌ انظر قبل ترجمة باب اللّعان من طررِ

الزمان الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء بالنسبة إلى قوم ومن متاع الرجال بالنسبة لقوم آخرين، كالنحاس المصنوع في تونس من بلد المغرب فإنه من متاع النساء بالنسبة إلى جهاز الأندلس ومن متاع الرجال بالنسبة إلى جهاز الحضر إلخ. وقال القرافي حين كلامه على ما عرف للرجال والنساء ما نصّه: نحن نحكم النساء بالعادة إلخ، وهذا كثير في كلام الناس وعليه المدار، وإلاّ فلا تضبط هذه الأمور لزمام بل لا زمام لها غير العرف فهو زمامها وبه فهمها وتمامها، فعليك باعتباره والتجسّس عن أخباره لتحيط بشتاتها وتزيل القناع عن وجوها. قوله: **(الأول إن طلقها)** هذا الكلام نقله ابن راشد، وما نقله عن المواق هو كذلك فيه، ولكنّ في المتن في كتاب النفقة وردت النفقة كانعشاش الحمل إلاّ الكسوة بعد أشهر، وكأن من حق هذا الشارح أن ينبّه على ما في المتن لأنه هو الذي به الفتوى. ولكن انظر الكلام في هذا هناك لعلك تجد ما هو الراجح الذي يعمل به ويعتمد، وإلاّ فما نقله هذا الشارح لا يظهر منه الراجح ظهورًا تامًا فافهم.

---

(٦٣) البذلة: ما يلبس في المهنة أو العمل ولا يصان.

ابن عات، وقال ابن الفخّار القول قـول الزّوج أنّ الثّياب الّتي لا تشاكل أن تكون من بذلتها لارتفاعها ومثلها لا يفرضها عليه القاضي أنّها عاريةٌ وقال إنّ هذا هو مقتضى ما في النّكاح الثّاني المدوّنة وفي نوازل ابن الحاجّ إن وجدت ذهبًا ناضّةً في تركـة الزّوج فادّعتها المرأة فإن قام دليلٌ مثل أن تكون قريبـة عهدٍ ببيع أصلٍ فالقول قولهـا مع يمينها. قال ابن مزينٍ: وإذا كـان القول قـولها لا بدّ من يمينهـا وإن لم يكن الورثة إلاّ أولادها إذ ليس هذا من دعـوى الولد إنّما هي المدّعية فحكمت السّنّة بأن تحلف وانظر إذا اخـتلفا في الزّجاج قيل يقضى بها للزّوج مع يمينه وسـمع أصبغ إن تداعيـا في غزلٍ فهـو لها بعد حلفـها ابن عرفـة: إن كان الزّوج من الحاكة وأشـبه غزله غزلها فـمشتركٌ وإلاّ فهـو لمن أشبه غزله منهـما المتيطيّ: إن عرفت البيّنة أنّ الكتّـان للرّجل، أو أقرّت المرأة بذلك كانا شريكين في الغزل الرّجل بقـيمة كتّانه والمرأة بقيمة عملها ا هـ من المواّق بتقديمٍ وتأخيرٍ.

فصل في إثبات الضرر والقيام به وبعث الحكمين

ويثـبـت الإضـرار بالشّـهـود   أو بسـمـاعٍ شـاعَ فـي الوجـود

يعني أنّ إضرار الزّوج بزوجته يثـبت بأحد أمرين إمّا بشهادة الشّهـود بهِ ومعاينتهم إيّاه لمجاورتهم للزّوجين لقرابتهم مـنهما ونحو ذلك وإمّا بالسّماع الفـاشي المستفيض على ألسنة الجيران والخدم وغيرهما قال في كتاب الشّهادات من العتبيّة لأصبغ عن ابن القاسم أنّه سأل عن الشّاهدين العـدلين يشهدان في ضـرر الزّوج لزوجته على السّـماع الفاشي من الجـيران والأهلين فقال السّماع الفاشي والشّهود الكثير عليه أحبّ إليّ فإن لم يكن غيرهما نفذ ذلك إذا لم يكن عند الزّوج مدفعٌ. وفي المفيـد: وقال ابن القاسم إنّ شهادة الشّهـود على معرفة الضّرر (بالبـتات فيـها بعض المغـمز) من أجل أنّ ذلك لا يعرفـه الشّهـود معرفـة قطعٍ قال أصبغ: إنّ ذلك جائزٌ لا داخلة فيه عليهم إذا عرفـوا ذلك معرفة يقينٍ. ا هـ قال ابن عرفة: قلت: شهادة بتّ العلم بضـرر الزّوج عاملةٌ قاله الباجيّ وغيره عن المذهب ابـن رشدٍ اتّفاقًا

فصل في إثبات الضرر والقيام به وبعث الحكمين

(ويثـبـت الإضـرار بالشّـهـود   أو بسـمـاع شـاع في الوجـود)

إلى آخر الأبيات الثمانية في شأن الضرر.

قوله: (فيها بعض المغمز إلخ) مقابل هذا هو الصحيح، فـإن القرائن تفيد القطع بالضرر لا سيـما الجار، وهذا أمـر لا ينكره إلاّ من لم ينصف أو لم يفهم، ومـن جاور الناس مجـاورة تامة وتجسّس أخبار جيرانه علم هذا، والتجـسّس على المضر من الغير ربما يكون واجبًا أو مطلوبًا، ولا سيما إن أشكل الأمر وطلب بالشهادة فافهم.

قلت في سماع أصبغ ابن القاسم في الشّهادة إنّما تجوز فيها على السّماع اهـ.

وإن تكن قد خالعت وأثبتت إضراره ففي اختلاعٍ رجعت
وباليمين النّصّ في المدوّنة وقال قوم ما اليمين بيّنه

يعني أنّ المرأة إذا خالعت زوجها بأن أعطته شيئًا على أن يطلّقها فطلّقها، ثمّ أثبتت أنّه كان يضرّ بها إلى أن خالعته ترجع عليه بما أعطته والخلع لازمٌ (وفي الطّرر): وتحلف أنّها

قوله: **(وفي الطرر إلخ)** هذه المسائل قال فيها خ ما نصّه: ورد المال بشهادة سماع على الضرر وبيمينها مع شاهد أو امرأتين ولا يضرّها إسقاط البينة المسترعاة على الأصحّ اهـ. فقوله المال وفي معناه ما التزمته في الخلع أو أسقطته عن الزوج وقوله سماع، السماع: إنما يصحّ بعدلين لقوله في الشهادات: وشهد اثنان ثم قال وحلف ولذلك أسقط هنا هذا. ويأتي قوله: وجازت بسماع فشا عن ثقاة وغيرهم أيضًا، فالفشو شرط في شهادة السماع، لكن ذكروا هنا أنه لا يشترط السماع من الثقاة على المشهور ولكن في ذلك خلاف قوي انظره في الشرح، فالشهادة سماعًا من عدلين، وحلف المشهود له هنا لم يبق على المصنف لا سيما والمصنف قال هناك في كتاب الشهادات عادًا لما تجوز فيه شهادة السماع ما نصّه: وضرر زوج، وأما قوله هنا ويبمينها إلخ فالمراد بالشاهد أي شاهد مباشر للضرر لا بالسماع، وكذا المرأتان إذ شهادة السماع شرطها التعدّد والحلف كما أشرنا إليه، وعليه يحمل قوله بشهادة سماع وإن حذف التعدّد واليمين لإتيانهما في باب الشهادات، وفهم منه أنه لو شهد شاهد واحد وامرأتان أن ذلك كاف بلا يمين لتكميل النصاب لأنه كامل والشهادة من غير سماع بل وقعت على علم الشاهد والمرأتين بلا سماع، وأما لو كان الشاهد والمرأتان بالسماع لحلف كما قدمناه في الشاهدين، ومن المعلوم أن المرأتين كالشاهد الواحد في باب الأموال كانت شهادة سماع أم لا، والضرر هنا من باب المال لأن الكلام في ردّ المال، وتقدم أن الشاهد الواحد أو المرأتين لا عبرة بذلك في شهادة السماع وإن ذكر في الشامل خلافًا في المسألة.

(تنبيه): ما تقدم من اليمين هو في اليمين التي يكمل بها النصاب أو ما في حكم ذلك كاليمين مع عدلين في السماع مثلاً لضعف شهادة السماع، كما علّلوا بذلك في بابه عند قول المتن وحلف وهاهنا يمين أخرى ولعلها متفق على وجوبها في الصور كلها حتى مع عدلين بالقطع والمشاهد للضرر، وتقول في هذه اليمين: ما خالعت ودفعت المال إلاّ لأجل الضرر لأنها قد تكره الزوج والمقام معه ويعزّ عليها دفع مالها للزوج، فإذا أثبتت الضرر على حقيقته بشاهد ويمين أو بسماع عدلين ويمين أو بامرأتين ويمين أو بلا يمين كعدلين بمشاهدة الضرر أو عدل وامرأتين فتخالعه فيقول لها الزوج عند الإعذار إليه وعجزه عن دفع الضرر وسلمته: ولكن إنما أعطيتني لكراهتك المقام معي لا للضرر، ولولا الكراهة لصبرت على الضرر لأن المال عزيز عليك فربما بذلته لكراهتك ما ذكر لا للضرر، فتحلف لردّ هذا الاحتمال أنها ما دفعت مالها إلاّ للافتكاك من ضررك في، ويدل لهذا قول المتيطي بعد يمينها أن فعلها ذلك كان للإضرار الذي أثبتته إلخ.

إنّما أسقطت ذلك للإضرار ذكر ذلك ابن فتحون وفي وثائقه نقله الشّارح وانظره مع نقل المواّق ذلك عن المدوّنة وحكاية الخلاف في اليمين ابن الحاجب: ولو خالعته لظلمه، أو ضرره فلها استرجاعه وينفذ الطّلاق التّوضيح: يعني إذا خالعته، ثمّ ادّعت أنّها إنّما خالعته لظلمه لها في بدنها، أو لضرره بها كما لو كان يمنعها من زيارة والديها على أنّ الظّلم والضّرر كما كالمترادفين فإن أثبتت ذلك فلها استرجاع مالها وينفذ الطّلاق بائنًا لأنّ اللّه تعالى شرط في حلّيّة ما تدفعه أن يكون عن طيب نفس فقال عزّ من قائل **﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفسًا فكلوه هنيئًا مريئًا﴾** [النساء:٤] ابن القاسم: وليس من الإضرار البغض لها وإنّما الأذى بضرب، أو إيصال شتم في غير حقّ، أو أخذ مال أو المشاورة مالكٌ وليس عندنا في قلّة الضّرر وكثرته شيءٌ معروفٌ وروى ابن القاسم عن مالك فيمن علم من امرأته الزّنا فليس له أن يضارّها حتّى تفتدي وقال ابن القاسم: في النّاشز تقول: لا أصلّي ولا أصوم ولا أغتسل من جنابة لا يجبر على فراقها إن شاء فارقها وحلّ له ما افتدت به. قال في البيان: وله أن يؤدّبها على ترك الصّلاة ويمسكها. قال في المقدّمات: ولا يحلّ له أن يضيّق عليها وإن أتت بفاحشة من زنا، أو نشوز، أو فرار قال: ولا خلاف بين مالك وجميع أصحابه في ذلك، وعن ابن القاسم أنّه لا يجوز له المضارّة في ترك الصّلاة حتّى تخالعه انتهى ببعض اختصار وفي الوثائق المجموعة: ولم يضرّها ما عقدت على نفسها من أنّها فعلت ذلك طيّبة النّفس ولا إسقاطها البيّنات المسترعاة وثبوت الإكراه يسقط ذلك عنها ا هـ التّوضيح: وإن اعترفت في عقد الخلع بالطّوع وكانت استرعت فلها الرّجوع بالإنفاق، وكذلك إن لم تسترع وقامت لها بيّنةٌ لم تكن علمت بها، وأمّا إن علمت بها ففيه نظرٌ والّذي قاله ابن الهنديّ وابن العطّار وغيرهما أنّ لها الرّجوع ولا يضرّها ذلك ولا يضرّها

وإثبات الضرر زائد على هذه اليمين، وهذا هو قول التحفة هنا:

(وإن تكن قد خالعت وأثبتت إضراره ففي اختلاع رجعت

وباليمين النص في المدونه ....)

وقال قوم ما اليمين بينه وقرّر ابنه يشبه ما في المتيطي وهو قوله ما نصّه: وفي الضرر بعد يمينها أنها إنما أسقطت ذلك للإضرار ذكر ذلك ابن فتحون في وثائقه إلخ ولم يبين قول أبيه: وقال قوم إلخ. وكذا هذا الشارح ولكن نظر في ذلك، وتنظيره ظاهر فافهم هذا فإن كثيراً من القضاة يغفلون عن هذه اليمين والنص والعقل متضافران على وجوبها، وذكرنا في باب الشهادات أن شهادات السماع كلها يشترط فيها الطول إلاّ شهادة السماع بالضرر فانظره هناك تقف على الفقه الصحيح، وبما قررنا يفسر قول الناظم: كذا إذا عدل إلى تمام البيتين، أي لأن ذلك شهادة على معاينة الضرر لا بالسماع، نعم إذا شهد عدلان بالضرر بلا سماع وضمنا شهادتهما أن خلعها لأجل الضرر وحصل لها العلم بأن الخلع لأجل دفع الضرر لا غير على الفرض والتقدير فلا

أيضًا إسقاط البيّنات المسترعاة وغيرها وهو أصوب لأنّ ضرره بها يحملها على أن تعترف بالطّوع.

(فرعٌ: وإن خالعها وأخذ منها حميلاً بالدّرك) فقال ابن العطّار إذا أثبت الضّرر لا تسقط التّباعات عن الحميل لأنّه غير مكره وقد أدخل الزّوج في زوال العصمة ولا يرجع الحميل عليها بشيء وإليه ذهب بعض فقهائنا الصّقلّيّين وذكر ابن يونس خلافًا في ذلك بين القرويّين وأنّ منهم من يقول هكذا ومنهم من يقول إذا أثبتت المرأة الضّرر يسقط الطّلب عن الحميل لأنّه إذا سقط المال عن الأصل تسقط عن الحميل المطالبة انتهى.

كذا إذا عدلٌ بالإضرار شهد | فالرّدّ للخلع مع الحلف اعتمد
لأنّ ذاك راجعٌ للمال | وفرقةٌ تمضي بكلّ حال

يعني أنّه لم يثبت الضّرر بعدلين ولا بشهادة السّماع وإنّما شهد به عدلٌ واحدٌ فإنّ المرأة تحلف مع الشّاهد ويردّ الزّوج المال لأنّ النّزاع في المال وهو يثبت بالشّاهد واليمين، وأمّا الطّلاق فيمضي، وكذلك إذا ثبت الضّرر بشهادة امرأتين ابن الحاجب: وإن شهد واحدٌ وامرأتان بالضّرر حلفت واسترجعته لأنّه على مال وقال قبله وينفذ الطّلاق ابن القاسم الجزيريّ: وإن قام لها بعد الخلع شاهدٌ واحدٌ بالضّرر حلفت معه واستحقّت الرّجوع. وفي تهذيب الطّالب: إذا شهد امرأتان بعد الخلع على أنّها خالعته لأجل الضّرر حلفت وردّ ما أعطته ا هـ وفي المختصر وبيمينها مع شاهدٍ أو امرأتين بعد قوله وردّ المال بشهادة سماعٍ على الضّرر.

وحيثما الزّوجة تثبت الضّرر | ولم يكن لها به شرطٌ صدر ....

يحتاج هذه اليمين في هذه الصورة وأنظارها. وفي نقل ابن الناظم: إذا شهد امرأتان بعد الخلع على أنها خالعته لأجل الضرر حلفت وردت ما أعطته إلخ. وفي هذا دليل لبعض ما أشرنا إليه آخرًا. وانظر عند قول المتن في فصل النشوز: ولها التطليق بالضرر ما هو ضرر وما ليس بضرر وقف على ما كتبناه في فصل الخلع وهو قول المتن، ورد المال إلى آخر الذي شرحناه هنا تر ما أشرنا إليه حقًا في أنقالنا والله المعين.

قوله: (فرع: وإن خالعها وأخذ منها حميلاً إلخ) ظاهر هذا أن الراجح هو اتباع الحميل وليس كذلك قال المتيطي ما نصّه: مسألة: ولو أن الخلع انعقد بينهما على حميل أخذه الزوج بما أعطته الزوجة ثم انفسخ ذلك عنها بثبوت الضرر بها فهل يرجع الزوج على الحميل أم لا؟ في ذلك قولان: قال ابن العطار وأبو عمران: يرجع لأن الضامن غير مكره فإذا طاع بشيء لزمه ولا رجوع له على المضمون، وأيضًا فإن من حجة الزوج أن يقوله للحميل أنت أدخلتني في زوال العصمة وإلاّ كنت أتوب عن الضرر وتبقى لي زوجتي، وانتقد ذلك أبو عبد الله الفخار وغيره

قيل لها الطّلاق كالملتزم وقيل بعد رفعه للحكم

ويزجر القاضي بما يشاؤه وبالطّلاق إن يعد قضاؤه

تقدّم في شرح قوله: وما ينافي العقد ليس يجعل شرطًا البيت إنّ الشّروط في النّكاح على ثلاثة أقسام: أحدها: ما لا يناقض العقد بل يقتضيه ومن مثله شرط أن لا يضر بها ووجود مثل هذا الشّرط وعدمه سواءٌ لأنّه يحكم به ذكر، أو ترك وإنّما يظهر أثر اشتراطه فيما إذا أثبتت الضّرر فإن كان شرطًا في العقد فلها تطليق نفسها من غير رفعٍ للحاكم ولم يتعرّض النّاظم لهذا وإنّما يؤخذ من مفهوم كلامه وإن لم يكن شرطًا ففي افتقار تطليقها نفسها للرّفع للحاكم، وعدم افتقاره قولان: قيل لها ذلك من غير رفعٍ كما لو اشترطته في عقد نكاحها وقيل لا تطلّق نفسها إلاّ بعد الرّفع للحاكم وعلى ذلك أعني حيث لم يكن شرطًا نبّه بالبيتين الأوّلين وعلى أنّه لا بدّ من الرّفع للقاضي فللحاكم أن يزجره ابتداءً بما يقتضيه اجتهاده من توبيخٍ، أو سجنٍ، أو غيره فإن عاد لمضارّتها قضى عليه بالطّلاق وعن ذلك نبّه بالبيت الثّالث فقوله: ويزجرَ بالنّصب عطفًا على قوله رفعه للحاكم من باب قوله وإن على اسمٍ خالصٍ فعلاً عطف أي قيل إنّما تطلّق نفسها بعد الرّفع والزّجر معًا فإن عاد لإضرارها طلّقت عليه (قال ابن القاسم الجزيريّ) بعد وثيقة الاسترعاء بالضّرر وإذا ثبت هذا العقد وجب للمرأة الأخذ بشرطها بعد الإعذار للزّوج واختلف إن لم يكن لها شرطٌ فقيل لها أن تطلّق نفسها كالّتي لها شرطٌ وقيل ليس لها ذلك، وإنّما ترفع أمرها إلى السّلطان فيزجره، ولا يطلّق عليه مرّةً بعد أخرى (فإن تكرّر ضرره طلّق عليه) ا هـ. واستشكل الشّارح هذا القول بفوات الإعذار للزّوج وافتيات الزّوجة بالطّلاق وقد سئل القاضي أبو

وقالوا: لا رجوع له على الحميل لأنه قد اتضح بثبوت الضرر أنه تحمل للزوج بما لا يحل له، فإن ألزمناه ذلك لأبحنا للزوج أكل المال بالباطل، قال غير واحد من الموثقين: وبهذا جرى العمل واستمر القضاء اهـ. بلفظه فافهمه برمته ودليله وحجته، مع أن قول الزوج في احتجاجه: وإلاّ كنت أتوب إلخ فيه نظر لأنه ثبت ظلمه بالبينة، ويحتمل أن لا يتوب ويضر بها باطنًا، وكم شاهدنا من هذا من الظلمة المتمردين ومن ابتلي بالقضاء ومدّ عينه للناس وسمعه لكلامهم علم هذا، مع أن ابن الناظم نقل أن الصحيح هو عدم اتباع الحميل عن ابن سراج مقتصراً على ذلك، ولكن كان من حقه أن ينقل ما في المتيطي ولا يقتصر على ما صحّحه ابن سراج كما لا يخفى، وأطال ابن فتحون في تفصيل هذه المسائل وقد كتبنا ذلك في الشرح.

قوله: **(قال ابن القاسم الجزيري إلخ)** كلام ابن الناظم أتم من كلام هذا الشارح. قوله: **(فإن تكرر ضرره طلق عليه إلخ)** ظاهره أو صريحه أنه لا يطلق عليه بالضرر الواحد وهو خلاف ما أفتى به خ في مختصره حيث قال: ولها التطليق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره، ولكن الذي تظهر قوته هو خلاف ما في المختصر، وهو الذي يظهر من التحفة أو هو صريحه أي خلاف

العبّاس أحمد القبّاب رحمه الله عن هذه المسألة وهي إذا أثبتت الضّرر غير ذات الشّرط وعجز الزّوج عن المدفع وهجمت الزّوجة فأوقعت الطّلاق هل ينفذ وتملك به نفسها؟ وفي جوابه أنّ القاضي يجعل لها تطليق نفسها مع الشّرط وعدمه فإن جعله لها مع الشّرط فالطّلاق، وكذا مع عدمه إذا جعل لها تطليقٌ فإن لم يجعله لها وهجمت بإيقاع الطّلاق قبل جعل القاضي ذلك بيده فهذا محلّ النّظر انظر تمام كلامه إن شئت ونقل هذا السّؤال وجوابه سيّدي أحمد الونشريسيّ في آخر تأليفه المسمّى بالفائق في أحكام الوثائق وهو الفرع الخامس والثّلاثون والمائتان ا هـ.

وإن ثبوت ضررٍ تعذّرا ... لزوجةٍ ورفعها تكرّرا

فالحكمان بعد يبعثان ... بينهما بمقتضى القرآن

إن وجدا عدلين من أهلهما ... والبعث من غيرهم إن عدما

وما به قد حكما يمضي ولا ... إعذار للزّوجين فيما فعلا

يعني أنّ المرأة إذا ادّعت أنّ زوجها يضربها وتكرّر رفع شكواها به للقاضي وتعذّر عليها إثبات ذلك الضّرر. فإنّ الشّأن في ذلك أن يبعث القاضي لهما حكمين عدلين حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها أنّ وجدا وإن لم توجدا فمن غير أهلهما فيختبران أمرهما ويدعوانهما للصّلح فإن رجعا إليه فبها ونعمت وإلاّ فرّق بينهما بخلعٍ، أو بغير خلعٍ، أو ائتمناه عليها كلّ ذلك بحسب ما ظهر لهما وأدّاه إليه اجتهادهما وما حكم به الحكمان على الزّوجين ماضٍ ولا إعذار فيه للزّوجين، والأصل في ذلك قوله تعالى: **﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها إن يريدا إصلاحًا يوفّق اللّه بينهمآ﴾** [النساء:٣٥] الآية ابن الحاجب: وإذا نشزت[٦٤] وعظها، ثمّ هجرها، ثمّ ضربها ضربًا غير مخوف فإن ظنّ أنّه لا يفيد لم يجز ضربها أصلاً فإن كان العدوان منه زجر عنه التّوضيح: أي زجره الحاكم ، وأمّا إن كان العدوان منها فإن رجا الحاكم إصلاحًا بزجر الزّوج (كما تقدّم) وإلاّ زجرها هو وإن كان العدوان منهما معًا فإنّ الإمام يزجرهما ابن الحاجب: فإن

ما في المختصر، ويدل لذلك أيضًا استظهار بهرام له، قف على شرحنا تظهر لك قوة هذا القول غاية والله المعين. وما ذكره هذا الشارح في بعث الحكمين حسن وهو الذي في شروح المختصر، والكلام طويل في هذه المسائل، وصاحب التحفة اقتصر على قل من كثر، وبعث الحكمين فيه كلام طويل، وهل جرى العمل بخلاف أم لا؟ وقد استوفينا الكلام على هذا في الشرح وتركناه لطوله، ولكن الشارح لم يلم بذلك تبعًا للناظم فقف عليه إن شئت.

(٦٤) نشزت: أي خرجت عن طاعته فهي ناشز.

أشكل ولا بيّنة ولم يقدر على الإصلاح أقام الحاكم أو الزّوجان، أو من يلي عليهما حكمين ذكرين حرّين عدلين فقيهين بذلك حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها فإن لم يوجد أحدهما، أو كلاهما فمن غيرهما ويستحبّ أن يكونا جارين وهما حكمان لا وكيلان على الأصحّ فينفذ طلاقهما من غير إذن الزّوج وحكم الحاكم وعليهما أن يصلحا فإن لم يقدرا فإن كان المسيء الزّوج فرّقا بينهما وإن كانت الزّوجة ائتمناه عليها، أو خالعا له بنظرهما وإن كانت منهما خالعا له بما يخفّ في نظرهما ا هـ فقول ابن الحاجب فإن أشكل ولا بيّنة هي مسألة النّاظم. التّوضيح: قوله: ولا بيّنة لأنّها إن قامت لها بيّنةٌ أن يضربها كان لها أن تفارق فإن لم تقم بيّنةٌ وادّعى كلّ واحد إضرار صاحبه زجرا معًا فإن تكرّر ترددهما أمره القاضي أن يسكنها بين قوم صالحين وكلّفهم تفقّد خبرهما ا هـ. يعني ثمّ ينظر فإمّا أن تكون الإساءة منه أو منها، أو منهما أجري على ما تقدّم والله أعلم وقول النّاظم يمضي ولا إعذار للزّوجين فيما فعلا قال في المقدّمات: وحكم الحاكم بين الزّوجين لا إعذار فيه لأحدهما لأنّهما لا يحكمان بالشّهادة القاطعة وإنّما يحكمان بما خلص إليهما من علم أحوالهما بعد النّظر والكشف ا هـ.

فصل في الرضاع

ابن عرفة: الرّضاع عرفًا وصول لبن آدميٍّ لمحلٍّ مظنّة غذاء آخر، ثمّ قال لتحريمهم بالسّعوط والحقنة ولا دليل إلاّ مسمّى الرّضاع ويقال الرّضاع بفتح الرّاء وكسرها، وكذا الرّضاعة والرّضاعة ويقال رضع رضعًا وهو القياس ويقال أرضعت إرضاعًا الجوهريّ: ويقال رضع الصّبيّ أمّه يرضعها رضاعًا مثل سمع يسمع سماعًا وأهل نجد يقولون رضع يرضع رضعًا مثل ضرب يضرب ضربًا عياض: وأرضعته أمّه وامرأةٌ مرضعٌ أيّ لها ولدٌ ترضعه فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعةٌ قال في الكافية:

وما من الصّفات بالأنثى يخص عن تاء استغنى لأنّ اللّفظ نص

وحيث معنى الفعل ينوي التّاء زد كذي غدت مرضعةً طفلاً ولد

وحاصله أنّه إذا أريد أنّها ترضع بالقوّة فيجرّد من التّاء وإن أريد أنّها ترضع بالفعل فتثبت التّاء التّوضيح: وذكر أهل اللّغة أنّه لا يقال في لبن بنات آدم لبنٌ وإنّما يقال فيه لبانٌ

قوله: **(كما تقدم)** أي في حكم النشوز من تقديم الوعظ ثم الهجر ثم الضرب، وجواب الشرط محذوف أي أمره بذلك أو نحوه، اهـ. مصحّحه.

فصل في الرضاع

. . . .

واللّبن لسائر الحيوان غيرهنّ وجاء في الحديث كثيراً خلاف قولهم ا هـ.

وكلّ من تحـرم شـرعًـا بالـنّسب فـمـثلهـا من الرّضـاع يجـتنب

يعني أنّ كلّ امرأة حرّمها الشّرع بالنّسب كالأمّ والبنت ونحوهما فإنّ مثلها من الرّضاع حرامٌ أيضًـا، وعن حرمتهـا عبّر بيـجتنب لأنّ الحرام يجب اجتنابه والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وأمّهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرّضاعة﴾ [النساء:٢٣] وقوله ﷺ: «يحرم من الـرّضاع ما يحـرم من النّسب»[٦٥] رواه البـخاريّ ومـسلمٌ وغيـرهما قـال في التّوضـيح: والمحرّمات من النّسب سبعٌ: الأمّـهات والبنات والأخوات والعـمّات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت فإنّ الرّضاع كالنّسب فأمّك كلّ من أرضعتك بواسطة، أو بغيرها وأمّهاتهـا وبنتك كلّ من أرضعتهـا زوجتك بلبنك أو أرضعتهـا ابنتك من نسبٍ، أو رضاعٍ قلت: وكذا كلّ من أرضعتها زوجة ابنك من النّسب، أو رضاعِ التّوضيح: وإخوتك كلّ من ولدته من أرضعتك، أو ولدٌ لفحلها قلت: وكذا من أرضعـها من أرضعتك التّوضيح: فإن أتي من أمّه وفحلها ولدٌ فهو أخٌ شقيقٌ من الرّضاع وإن ولد لأمّك من غير ذلك الفحل فهو أخٌ لأمّك، وإن ولد لأبيك من غير أمّك إمّا من زوجة أخـرى، أو سريّة فهو أخوك لأبيك وأخوات الفحل عـمّاتٌ للرّضيع أخوات أمّ الرّضيع خـالاتٌ له ولا يخفى عليك بنات الأخ وبنات الأخت ا هـ. (وكذا يحـرم بالرّضاع ما يحـرم بالصّهر) كزوجـة الأب من الرّضاع وزوجة الابـن من الرّضيع، وكـذا أمّ الزّوجة من الرّضـاع أي من أرضعت زوجـتك راجع

قوله: (**وكذا يحرم بالرضاع ما يحرم بالصهر إلخ**) تأمل هذا فإن الحديث الصحيح قال: يحرم بالرضاع مـا يحرم بالنسب وهي النساء السبـع في قوله تعالى: ﴿**حرمت عليكم أمهاتكم**﴾ [النساء:٢٣] الآية، وإن كان ما ذكـره الشارح هو حرام، ويدل على ذلك ما نذكـره في القاعدة الآتية هنا وهي قوله: فإنما يقدر الطفل المرضع خاصـة ولداً لصاحبة اللبن وصاحبه إلخ. ولفظ خ فيها هو قوله ما نصّه: وقدّر الطفل خاصـة ولداً لصاحبة اللبن ولصاحبه من وطئه لانقطاعه إلخ. ومعنى هذه القاعـدة على التحقيق أن زيداً إذا أرضعتـه هند وزوجها خالد ولهما ابن اسـمه عمرو فاجعل زيداً كعـمرو في الحكم من غير فرق أصلاً، فكل من يحـرم على عمرو يحرم على زيد، ويجيء قول المتن: وحرم أصوله وفصوله إلخ، وهذا المحرم على عمرو بمضمون قول المتن: وحرم أصوله إلخ يحرم على زيد فلا فرق أصلاً، ولذلك أدرج بعضهم في قول المتن: وحرم أصوله إلخ الرضاع، إذ حكم زيد حكم عمرو. وفي جميع ما يحرم وكل ما تفرع عن زيد من أبنائه فحكمهم

(٦٥) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٦٤٦، ٣١٠٥، ٥٠٩٩)، ومسلم (١٤٤٤)، وأبو داود (٢٠٥٥)، والترمذي (١١٤٧)، والنسائي (٣٣٠١، ٣٣٠٢، ٣٣٠٣)، وابن ماجه (١٩٣٧)، وأحمد في المسند (٤٤/٦، ٥١، ١٧٨)، والدارمي (٢٢٤٧، ٢٢٤٩)، وابن حبان في صحيحه (٤١٠٩، ٤٢٢٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٥٨/٧، ١٥٩).

تفسير ابن جزيٍّ والكراشيّ، وكذا يحرّم الجمع بين الأختين من الرّضاع ابن سلمون: والرّضاع كالنّسب فيحرم منه ما يحرم من الولادة إذا أرضعت امرأةٌ صبيًا حرّمت عليه لأنّها أمّه ويحرم عليه جميع بناتها الّتي أرضعتهنّ قبله، أو معه، أو بعده لأنّهنّ أخواته، وكذلك سائر قرابتها هم منه بمنزلة قرابة أمّه من النّسب وصاحب اللّبن بمنزلة أبيه يحرم عليه أخواته لأنّهنّ عمّاته وأمّه لأنّها جدّته وبناته وإن كنّ من غير تلك المرأة المرضعة لأنّهنّ أخواتٌ لأبيه، وكذا سائر قرابته هم بمنزلة قرابة أبيه من النّسب وقس على ذلك وجوّز أن يتزوّج أخو الطّفل المرضع من النّسب أخته وأمّه من الرّضاع لأنّه أجنبيٌّ وإنّما يقدّر الطّفل المرضع خاصّة ولدًا لصاحبة اللّبن وصاحبه. والرّضاع الّذي يحرّم هو ما كان في الحولين وما قاربهما كالشّهر والشّهرين فإن فطم في نفس الحولين أو بعدهما واستغنى بالطّعام، ثمّ وقع الرّضاع بعد ذلك، فلا يحرم ا هـ ابن الحاجب: يحرم بالرّضاع ما يحرم بالنّسب فيقدّر الطّفل خاصّةً ولدًا لصاحبه اللّبن ولصاحبه إن كان فلذلك جاز أن يتزوّج أخوه نسبًا أخته وأمّه من الرّضاع ابن العطّار: وتفسير ما يحرم ويحلّ من ذلك أن تنظر فإن كان الخاطب لم يرضع أمّ المخطوبة ولا رضعت المخطوبة أمّه ولا أرضعتهما امرأةٌ واحدةٌ وإن لم تكن أمًّا لواحد منهما ولا أرضعا لبن فحلٍ واحد وإن اختلفت المراضع مثل أن يكون لرجلٍ امرأتان فترضعَ واحدةٌ صبيًا والأخرى صبيّةً، فلا يّتناكحان وما عدا ذلك، فلا بأس في قول مالك ا هـ من الموّاق قلت: وهذا الضّابط إنّما يشمل الأخت من الرّضاع خاصّةً دون من عداها ممّن يحرّم الرّضاع بتحريم نظيره من النّسب.

حكم أبيهم زيد من غير فرق إذ الابن كهو، وكذا ابن زيد رضاعًا أي من رضع في لبنه، بخلاف أصول زيد وجناحيه وهم الإخوة فلا يحرم عليهم ما يحرم على زيد فهم كالأجانب منه هنا، ولذلك قلنا في هذا:

وقدروا الرضيع مع ما ولدا دون جناحيه وأصل عهدا
قد خرجوا من بطن من قد أرضعا وصلب ذي اللبان فافهم واسمعا
تلخيص هذا كله قد قدرا حرم عليه كل ما قد حظرا
على نسيب مطلقًا يا ساعي بصهر أو نسب أو رضاع

وإذا أحطت بمضمون الأبيات فاجمعه كله بقوله:

نفي اشتراك في لبان فحل ومراة قرابة ذو حل

فقوله قرابة حذف منه حرف العطف وهو معطوف على نفس مراة ليكون مدخولاً لقوله: نفي وأدخل به إرضاع زوجة الأخ بلبانه ونحو ذاك، فإذا فهمت هذا كله دخل ما زاده هذا الشارح بقوله: وكذا يحرم بالرضاع إلخ. وذلك غير بعيد كما يظهر لك بالتأمّل لكلام الناس هنا سيما كلام المقدمات.

(تنبيه) ابن عرفة :قال تقيّ الدّين: يستثنى من عموم قوله ﷺ : «يحرم من الرّضاع ما يحرم من النّسب»(٦٦) جملة نسوة ويحرمن من النّسب وقد لا يحرمن من الرّضاع الأولى: أمّ أخيك وأختك من النّسب هي أمّك، أو زوجة أبيك كلتاهما حرامٌ عليك بخلاف مرضعة أخيك، أو أختك. الثّانية: أمّ ولد ولدك هي من النّسب حليلة ولدك بخلاف مرضعة ولد ولدك، وكذلك جدّة ولدك هي من النّسب أمّك، أو أمّ زوجتك كلتاهما حرامٌ عليك بخلاف مرضعة ولدك، وكذلك أخت ولدك هي من النّسب بنتك، أو ربيبتك كلتاهما حرامٌ عليك بخلاف أخت ولدك من الرّضاع، وكذلك أمّ خالك وخالتك وأمّ عمّك وعمّتك هي من النّسب جدّتك للأمّ، أو حليلة والد أمّك كلتاهما حرامٌ عليك بخلافهما من الرّضاع قال ابن عرفة: هذا من تقيّ الدّين مع جلالة قدره وحلوله بالمنزلة الرّفيعة في الأصول والفروع غلطٌ واضحٌ لأنّ الاستثناء من العامّ بغير أداته وهو التّخصيص إنّما هو فيما اندرج تحت العامّ فيما لم يندرج تحته والعامّ في مسألتنا هو قوله ﷺ «ما يحرم من النّسب»(٦٧) والنّسوة المذكورات المدّعى تخصيص العامّ المذكور بهنّ لا شيء منهنّ مندرجٌ تحت ما يحرم من النّسب بحال، ولا أعلم من ذكر هذه المسائل على أنّها مخصّصةٌ للحديث كما زعم وإنّما أشار ابن رشد إلى بيان اختلاف حكم مسمّى اللّفظ الإضافيّ انظر المقدّمات.

فإن أقرّ الزّوج بالرّضاع فهو إلى فسخ النّكاح داعي
ويلزم الصّداق بالبناء ونصفه من قبل الابتناء
كذاك بالإقرار منهما معا لا باعتراف زوجة إن وقعا

يعني أنّ من كان متزوّجًا لامرأة، ثمّ ثبت أنّها أخته، أو بنت أخيه مثلاً من الرّضاع فإن كان ذلك الثّبوت ببيّنة فالحكم ظاهرٌ، وهو أنّ النّكاح يفسخ بينهما، ثمّ إن كان الفسخ قبل البناء، فلا شيء فيه على الزّوج، وإن كان بعد فعليه الصّداق كاملاً بالمسيس على قاعدة الأنكحة الفاسدة تفسخ قبل البناء، أو بعده، وهذا أعني ثبوت الرّضاع بالبيّنة هو الآتي في البيت بعد هذه الثّلاثة في قوله:

ويفسخ النّكاح بالعدلين بصحّة الإرضاع شاهدين

وإنّما قدّمته توطئةً لمسألة النّاظم هنا وهي ثبوت الرّضاع بالإقرار، ثمّ المقرّ إمّا أن يكون

قوله: (تنبيه إلخ) انظر بيان هذا غاية في الحاشية.

(٦٦) [حديث صحيح]: تقدم فيما قبله.

(٦٧) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٦٤٥، ٥١٠٠)، ومسلم (١٤٤٧)، والنسائي (٣٣٠٥، ٣٣٠٦)، وابن ماجه (١٩٣٨)، وأحمد في المسند (١/ ٢٢٣، ٢٢٧٥).

الزّوجين معًا، أو الزّوج فقط أو الزّوجة فقط ثلاثة أوجه وإلى الوجه الأوّل أشار بقوله كذاك بالإقرار منهما معا فالتّشبيه راجعٌ للحكم السّابق وهو فسْخ النّكاح فقط لا إلى ما وراء ذلك إذا كان الإقرار منهـما معًا، فلا شيء فيـه للزّوجة إن فسخ قبل البناء وفيـه المسمّى إن فسخ بعده بخـلاف إقرار الزّوج المذكـور قبله فإنّه كـالطّلاق وإلى هذا الوجه أشـار ابن الحاجب بقوله، وإذا اتّفق الزّوجان على الرّضـاع فسخ ولا صداق قبل الدّخول ولهـا المسمّى بعده. التّوضيح: وحمل ابن عبد السّلام قـول المصنّف ولها المسمّى بعده على ما إذا لم تكن عالمةً قال: وأمّا إن كانت عـالمةً حين العقد فيسقط جـميع المسمّى إلاّ ربع دينار إن لم يكن الزّوج حين العقـد والدّخول عالمًا وكـانت كالغارّة قـالوا ولها ربع دينار ا هـ. (وحـاصله) أنّه إنّما يكون لها المسمّى على حـمل ابن عبد السّلام إذا لم تكن الزّوجةُ عالمةً بالـرّضاع حين العقد أمّا إن علمت فليس لها إلاّ ربع دينار إذا كان الزّوج غـير عالم، ثمّ أشار النّاظم إلى الوجه الثّاني وهو ما إذا أقرّ الزّوج فقط بقوله: فإن أقـرّ الزّوج بالرّضاع البيتين وذكر أنّ الحكم فيه فسخ النّكاح فـإن فسخ قبل البـناء ففيه نـصف الصّداق لتهـمة أن يكون إقراره ليـسقط عنه نصف الصّداق وإن فسخ بعده ففيه المسمّى كاملاً وإلى هذا الوجه أشار ابن الحاجب بقوله: وإن ادّعاه فأنكرت أخذ بإقراره ولها نصفه. التّـوضيح: أخذ بإقراره أي يفرّق بينهما لإقراره بذلك كالطّلاق فلذلك كان لهـا نصفه إن كان إقراره بذلك قبل البناء وجمـيعه إن كان ذلك بعده ا هـ، ثمّ أشار إلى الوجـه الثّالث. وهو ما إذا أقرّت الزّوجة فقط بقـوله: لا باعتراف زوجة إن وقعا أي لا يفسخ النّكاح بإقرارها وحدها وإلى هذا الوجه أشار ابن الحاجب بقوله فإن ادّعته فأنكره لم يندفع ولا تقدر على طلب المهر قبل الدّخول التّوضيح: يعني إذا ادّعت المرأة أنّهما أخوان من الرّضاع وأنكر الزّوج ذلك لم يـسمع منها ذلك لأنّها تتّهم على فسخ النّكاح، فلا يفـسخ وهو معنى قوله لم يندفع ولا تقدر على طلب المهـر ولا شيء منه قبل البناء لإقرارها بفساد العقدة ا هـ يعني بعد كون النّكاح لا يفسخ فإن لم يطلّقها، فلا إشكال وإن طلّقها بعد البناء فلها صداقها وإن طلّقها قبل البناء، فلا شيء لها لإقرارها بفساد العقدة فيكون كالفسخ قبل البناء. فرعٌ: فإن قامت بيّنةٌ على إقرار أحدهما قبل العقد فسخ النّكاح قاله ابن الحاجب وفي الشّارح في سياق كـلام المتيطيّ ولو ثبت إقرارهما، أو أحدهما بذلك قبل النّكاح فإنّه يفسخ وليس عليه من المهر شيءٌ ويسقط عنه نصف الصّداق إن وقع الفسخ قبل البناء وإن كان هو المقرّ دونها لأنّه لا تهمة في ذلك ا هـ.

ويفـــــسخ النّكـاح بالـعـــدلين بصـــحّـــة الإرضـاع شــــاهدين

قوله: (وحاصله إلخ) هذا هو قول المختصر: وفسخ نكاح المتصادقين عليه إلى قوله: إلاّ أن تعلم فقط فكالغارة، فالصداق بعد الدخول بها إنما يسقط إن انفردت بالعلم فقط، ولكن قيد ذلك الناس إن لم تعـذر بأمره ممّا يسقط كـونها غـارة كما في أبي الحـسن وغيره وهو أمـر ظاهر انظر الشرح.

وباثـنتين إن يكـن قــولهـــمـــا من قـبل عـقـدٍ قــد فـشـا وعلمـا
ورجلٌ وامـــــرأةٌ كـــــذا وفــي واحـدةٍ خلفٌ وفي الأولى اقـتـفي

يعني أنّ النّكاح يفسخ إذا شهد شاهدان عـدلان بصحّة الرّضاع بين الزّوجين وأنّها ممّن لا تحلّ له، وكذلك يفسخ بشهادة امرأتين بذلك لكن إن فـشا ذلك وعلم وشاع من قولهما قبـل عقد الـنّكاح وعلى هذا نبّه بالبـيتين الأوّلين: وقـوله: ورجلٌ وامـرأةٌ كذا هو مـرفوعٌ بالابتداء على حذف مضاف والخبر الجـارّ والمجرور بعده والإشارة بذا إلى شهادة المرأتين أي وشهادة رجلٍ وامـرأة كهذه الشّهادة أعـني شهادة المرأتين في أنّ النّكاح يفسخ بهـا مع القيد المذكور وهو كون الرّضاع فاشيًا شائعًا قبل عقد النّكاح فالتّشبيه في الفسخ والفشو[٦٨] ، ثمّ أشار إلى أنّ فسخه بشهادة امرأة واحـدة بذلك خلافًا يعني مع الفشو أيضًا وذلك ظاهرٌ لأنّه إذا اشترط في صحّـة شهادة المرأتين وفي شهادة الرّجل والمرأة فأحرى أن يشـترط في شهادة امرأة واحدة وفهم من فسخ النّكاح بهذه الشّهادة أنّ الرّضاع يثبت بها إذ لو لا ثبوته ما فسخ النّكاح. ابنّ الحاجب: ويثبت الرّضاع بشاهدين وبامـرأتين إن كان فاشـيًا من قولهمـا قبل العقد وإلاّ لم يثبت على المشـهور والرّجل والمرأة مثلهما التّوضيح: أي يشـترط الفشو على المشهور. واختلف الشّيوخ هل تشترط العدالة مع الفشو أو إنّما تشترط مع عدم الفشو على مذهبين وإلى الثّاني ذهب صاحب البيان والأوّل مقـتضى كلام اللّخميّ ابن عبد السّلام وهو ظاهر إطلاقهم ابن الحاجب: وفي الواحدة فاشيًا من قـولها قولانِ: التّوضيح: المشهور عدم القـبول ويسـتحبّ التّنزّه وهو مـذهب المدوّنة وفي الشّارح عن العـتبيّة وقـال مطرّفٌ وابن الماجشون وابن وهب وابن نافعٍ وسحنـونٌ: تجوز شهادة المرأتين في ذلك والرّجل والمرأة وإن لم يفش ذلك من قولهما (فشهادة المرأتين مع الفـشو تجوز باتّفاقٍ وشهادة المرأة الواحدة دون فشوٍ لا تجـوز باتّفاقٍ ويختلف في شهـادة المرأة الواحدة مع الفشو وفـي شهادة المرأتين دون فشوٍ) ومن يشـترط الفشو في شهـادتهما لا يشترط الـعدالة ومن لا يشترط الفشـو يشترط

قوله: (فشـهادة المرأتين مع الفـشو تجـوز باتفاق، وشـهادة المرأة الواحـدة دون فشـو لا تجوز باتفاق، ويخـتلف في شهادة المـرأة الواحدة مع الفشـو، وفي شهادة المرأتين دون فـشو) سكت عن شهـادة رجل وامرأة مع أنـه نقل أولاً أن ذلك كالمرأتين، مع أن الرجل والمرأة أقـوى من المرأتين، بدليل أن العـدلين أقوى من المرأتين العدلتين، ولـذلك لم يشترط الفـشو في العـدلين ولا كذلك المرأتان، وعليه إذا شـهد رجل بالرضاع وحصل الفـشو أنه يكون أقوى من المرأة الواحدة والـفشو فيثبت به الرضاع لأن المرأة مع الفشو فيـها خلاف وهذا أقوى منها، ولكن لم أقف عليه عنه أحد بعد البحث عنه فـافهمه. وفي المختصـر: ويثبت أي الرضاع برجل وامرأة وباسرأتين إن فـشا قبل العقد، وهل تشترط العدالة مع الفشـو تردد وبرجلين لا بامرأة، ولو فشا وندب التنزه مطلقًا، وقد

---

(٦٨) الفشو: الانتشار.

العدالة، وقد مضى القول على هذا في رسم جاع فباع امرأته من سماع عيسى من كتاب النّكاح ا هـ. فقوله بصحّة الإرضاع يتعلّق بشاهدين وبأنثنين عطفٌ على بالعدلين وجملة قد فشا خبر كان ومن قبل عقد يتعلّق بفشا وقوله وفي الأولى اقتفي أي اقتفي الفسخ في القول الأولى أي الأحقّ بسكون الواو من الأولويّة.

فصل في عيوب الزوجين وما يردان به منها

عطف ما يردّان به على عيوب من عطف خاصٍّ على عامٍّ إذ كلّ ما يردّان به عيبٌ وليس كلّ عيبٍ يردّان به وضمير منها للعيوب والله أعلم.

من الجنون والجذام والبرص ... والدّاء في الفرج الخيار يقتنص
بعد ثبوت العيب أو إقرار ... به ورفع الأمر في المختار

يعني أنّ العيوب الّتي توجب الخيار لأحد الزّوجين في الآخر أربعةٌ: الجنون والجذام وداء الفرج والبرص وداءُ الفرج يختلف باعتبار النّساء والرّجال كما يأتي وإنّما يثبت الخيار للسّالم من الزّوجين في الآخر الّذي به العيب بعد ثبوت العيب إمّا بشهادة أهل البصر والمعرفة بذلك (وإمّا بإقرار المعيب بعيبه) وبعد الرّفع للحاكم على القول المختار في ذلك ابن الحاجب: ولكلٍّ من الزّوجين الخيار بالعيب والغرور للمرأة الخيار بالعتق التّوضيح: يعني أنّ (للخيار ثلاثة أسبابٍ) اثنان يستوي فيهما الرّجل والمرأة وهما العيب والغرور بالحرّيّة والثّالث

تحصل من أنقال الناس على هذا الكلام في الشرح ثبوت الرضاع بعدلين دون شرط فشو، وبرجل وامرأة أو بامرأتين ثبوته بهما بشرط الفشو وفيهما وبلا فشو لا ثبوت فيهما، ولكن في ذلك خلاف قوي في الصورتين، وإن صرح في التوضيح بأن المشهور فيهما عدم الثبوت وواحدة ولا فشو لا ثبوت اتفاقًا، ومعه فيها خلاف، والراجح عدم الثبوت والخلاف في العدالة مع وجود الفشو، فظهر من ذلك عدم الشرطية لأنه قول ابن القاسم وروايته عن مالك والأمتان بعد العقد كالأجنبيتين وقبله ويثبت بهما الرضاع وإن لم يكن فشو كما نقلنا، دليل ذلك في الشرح وما حصله هذا الشارح قريب من هذا ولكن كتبنا هذا لكونه فيه زيادة عليه.

فصل في عيوب الزوجين وما يردان به منها

(من الجنون والجذام والبرص ... والداء في الفرج الخيار يقتنص)

إلى آخر العيوب الأربعة. قوله: **(وإما بإقرار المعيب إلخ)** انظر هذا فإنهم قالوا: البكر لا يقبل منها إقرارها بأنها ثيب لأن في ذلك إسقاط المال الذي وجب لها، وإقرار المحجور فيما يؤدي إلى المال لا يعمل به. قوله: **(للخيار ثلاثة أسباب)** قال كاتبه في هذا ما نصّه:

خاصٌ بالمرأة وهـو العتق إذا كان زوجـها عـبداً يعني، ثمّ عـتقت، ثمّ قـال ابن الحاجب: والعيب الجنون والجذام[٦٩] والبرص[٧٠] وداءُ الفرج ما لم يرض بقول، أو تلذّذ أو تمكين، أو سبق علمٍ بالعيب التّوضيح: وقوله: ما لم يرض راجعٌ إلى غير مذكورٍ وهو لازم العيبَ الّذي هو وجوب الخيـار ولا يرجع للمعيب لأنّه وإن حصل الرّضا فهـو عيبٌ وفاعل يرض ضميـرٌ عائدٌ على أحد الزّوجين كذلك قـوله، أو سبق علمٍ يريد من أحدهمـا بعيب الآخر وهو ظاهرٌ. اهـ المتيطيّ: فإذا رفعت المرأة زوجها إلى الإمام وأحبّت فراقه وقرّرته على عيبه فإن أقـرّ به وإلاّ أثبتت ذلك عنده ويعرف الجـذام والبرص بأن ينظر إلى جسـده ما لم يكن ذلك في العورة فيصدّق فيه.

(قال بعض الموثّقين): وحكى بعض أصحابنا أنّه ينظر الرّجـال إليه للضّرورة كما ينظر النّساء، وأمّا الحصور والمجبوب الممسوح ذكره وأنثياه، أو مقطوعهما جميعًا والعنّين في قول القاضي أبي محمّد فقال عبد الملك بن حبيب: يختبر بالجسّ على الثّوب وما أشبه ذلك لأنّ ذلك ظاهرٌ لا يخفى ويحـذر من الملامسة قال المتيطيّ: فـإذا ثبت ذلك بإقراره، أو انكشف

عـيب غـرور سـبب الخيـار لنـاكح كـذاك عـتق طار

قوله: (قال بعض الموثقين إلخ) قال ابن عرفة في مضمـون قول المختصر: ولا ينظرها النساء إلخ مـا نصّـه: ولعل المانع من نظرهمـا أي المرأتين حق المرأة في عـدم الاطلاع على عـورتهـا، فشهـادتهما في الغالب بتمكينـها إياهما من ذلك فلا يتوهم كـونه جرحة اهـ. قال كاتبـه عفا الله عنه: كأن ابن عـرفة لم يقف على مـا في تعاليق أبي عمـران فإنه قـال ما نصّه: قـال الشيخ ولا خلاف بين الأمـة في أن المرأة إذا مكّنت من نفسهـا أن يرى ما في فرجـها من العيوب أن شـهادة النساء مقبولة، وإنما الخـلاف هل تجبر على ذلك أم لا؟ إلخ، وهذا منه بلفظه. وكان من حق ابن عرفة نقله من كثرة نقله عنه من هذه التعاليق بشهادة كتابه، ولكن أبو عمران لم يصرّح بالجواز مع الرضا منها، وإنما حكي الإجماع على القبـول، ولكن الإجماع على القبول ربما يدل على الجواز، مع أن العورة لا يجـوز النظر لها وإن أذن صـاحبهـا في النظر إذ هذا حق الله تعالى فـيه، ولكن الضرورات تبيح المحظورات مع كون النظر هنا يتوصل به إلى اليقين وثبوت الحقوق الكثيرة لأهلها ودفع المعرات كالنظر للبكر عند دعوى الزوج أنها ثيب، وقـد ذكر الناس عن سحنون وغيره جواز النظر للعـورة هنا، بل قال ابن لبـابة رادًا على من قال هنا لا تكشف ذلك خطأ، وعـلى من قال بردّها بالعيب يوجب أن تمتـحن العيوب بالنساء أي ينظرن فـرجها، وبهذا أفـتى ابن عتاب، وهذه رواية ابن وهب عن مالك في البكر، وقال ابن أبي زمنين: النظر هو الذي يدل عليه لفظ الكتاب، وكذا قـال هذا غيـر واحد، وقـد نقلنا هذا عن أربابه بألفـاظهم، قف عليه إن شـئت، ونقلنا أن الرجال ينظرون لعورة الرجال، والنساء لعورة النسـاء قف على ذلك إن شئت وبه تعرف ما اقتصر

---

(٦٩) الجذام: علة تتآكل منها الأعضاء وتتساقط.

(٧٠) البرص: بياض يقع في الجسد لعلة.

عليه طلّق عليه الإمام ولا يفوّض ذلك إليها (هذا هو المشهور من المذهب ا هـ) والاقتناص الاصطياد والمراد هنا أنّ من هذه العيوب يحصل الخيار للسّالم منهما فكأنّ الخيار وحش صيد وتوصّل إليه من هذه العيوب تنبيهٌ: بقي على النّاظم من العيوب المشتركة بين الرّجل والمرأة ويردّ به كلٌّ منهما العذيطة وهو حدث الغائط عند الجماع.

وداء فرج الزّوج بالقضاء كالجبّ والعنّة والخصاء

وذاك لا يرجى له زوالٌ فليس في الحكم به إمهالٌ

شرع هنا في الكلام على داء فرج الرّجل وسيذكر داء فرج المرأة في قوله والرّتق داء الفرج في النّساء إلخ وأخبر هنا أنّ داء فرج الرّجل إذا كان جبًّا، أو عنّةً، أو خصاء فإنّ الحكم فيه لا يمهل بل إمّا أن ترضى، أو تفارق لأنّه لمّا كان لا يرجى زواله صار الإمهال كالعبث قال في المقرّب: قال عبد الملك كلّ من ذهب ذكره قبل بنائه بامرأته بخصاء، أو بليّة نزلت به فرّق بينه وبين امرأته مكانه ولم يؤجّل له كذلك قال مالكٌ رواه ابن القاسم: وغيره. وفي النّوادر من الواضحة: وكذلك يفرّق بينها وبين العنّين بغير أجلٍ إذا أقرّ بذلك، وكذلك إذا أقرّ أنّه حصورٌ أو مجبوبٌ والعنّين الّذي لا ينتشر ذكره كالأصبع في جسده لا ينقبض ولا ينبسط والحصور الّذي يخلق بغير ذكر، أو بذكرٍ صغارٍ كالزّرّ وشبهه لا يمكن به وطءٌ فهذان إن أقرّا بحالهما فطلبت الزّوجة الفراقَ فرّق بينهما بطلقة، وكذلك المجبوب ولا تأجيل فيهم ا هـ ابن الحاجب: وداء فرج الرّجل ما يمنع الوطء كالجبّ والخصاء والعنّة والاعتراض فالمجبوب المقطوع ذكره وأنثياه والخصيّ المقطوع أحدهما وإن كان قائم الذّكر والعنّين ذو ذكرٍ لا يتأتّى به الجماع أي لصغره والمعترض بصفة المتمكّن ولا يقدر وربّما كان بعد وطء وربّما كان في امرأة دون أخرى وقد يفسّر العنّين بالمعترض. التّوضيح: ويقال للمعترَض المربوط ويقال أنّ سببه السّحر وقوله وقد يفسّر العنّين بالمعترض أي وقد يطلق الأصحاب لفظ العنّين ويكون مرادهم به المعترض ا هـ باختصار ابن الحاجب ففي الجبّ والخصاء والعنّة والخيار وقيل (إلاّ في القائم الذّكر) إلاّ أن يكون مقطوع الحشفة التّوضيح:

عليه هذا الشارح. قوله: **(هذا هو المشهور من المذهب إلخ)** هذا قاله المتيطي، ولكن مقابله رجحه ابن عتاب وابن سهل كما في أحكامه الكبرى، لكن ابن عبد السلام قال فيما شهره المتيطي هو الصحيح، ذكره في الطلاق على المعسر وباب الإعسار وهذا شيء واحد كما في ابن سهل وغيره، وكثير من الفقهاء لم يذكر لإطلاق الحاكم كالقاضي، وكثير ممّن وقفنا على كلامه، وعدم ذكر ما ذكرنا فيه إيهام، وأن المسألة إنما رجحها المتيطي وإن عبّر بالمشهور وغيره بالترجيح لمقابله، وبهذا يعترض على خليل حيث قال في المسألة قولان مع وجود التشهير والترجيح والتصحيح والاقتصار المذكور فافهم.

قوله: **(إلاّ في القائم الذكر)** القائل به سحنون واختاره اللخمي وهو أمر ظاهر عند من

وهل الحصور من لا ذكر له ألبتّة، أو له ذكرٌ صغير فيرجع إلى العنّين قولان وقد فسّر ابن عبّاس الحصور بالّذي لا ينزل الماء منه وقتادة ومجاهد بالّذي لا يأتي النّساء ا هـ ويأتي الكلام على المعترض قريبًا إن شاء اللّه تعالى.

وحيث عيب الزّوج باعتراض | أو برصٍ وقيم عند القاضي
أجّله إلى تمام عام | كذاك في الجنون والجذام
وبعد ذا يحكم بالطّلاق | إن عدم البرء على الإطلاق
والعبد في الأصحّ كالأحرار | وقيل بالتّشطير كالظّهار

يعني أنّه إذا كان عيب الزّوج ممّا يرجى زواله ويطمع في برئه وقامت الزّوجة بحقّها عند القاضي، فلا يطلّق عليه من حينه بل يؤجّل سنةً وذلك الاعتراض والبرص والجنون والجذام فإن برئ في السّنة، فلا إشكال وإن تمّت ولم يبرأ فالخيار للزّوجة في أن تقيم معه أو تفارقه والتّأجيل في ذلك بالسّنة هو للحرّ واختلف في العبد فقيل كالحرّ وهو الأصحّ وقيل يؤجّل شطر السّنة ستّة أشهرٍ، وكذلك هذا الخلاف في العبد يظاهر من زوجته ويمنع من التّكفير فيدخل عليه الإيلاء فقيل يؤجّل أربعة أشهرٍ كالحرّ وقيل بالتّشطير فيؤجّل شهرين فقط وإلى هذا أشار بقوله كالظّهار واللّه أعلم. قال في طرر ابن عات: الاعتراض والجنون والجذام والبرص لا يطلّق فيه ابتداءً ويؤجّل من به هذه العيوب للمعالجة منه إذا كان يطمع في إزالته عنه والأجل في ذلك عامٌ للحرّ وفي العبد خلافٌ قيل عامٌ قيل ستّة أشهرٍ وقال المتيطيّ مثله وزاد بعد الأجل للحرّ وسواءٌ كانت زوجته حرّةً، أو أمةً والقول بأنّ العبد يؤجّل سنةً روي عن مالك وقاله جمهور الفقهاء وقيل ستّة أشهرٍ وهو قول مالك وبه الحكم وقال الشّيخ أبو الحسن اللّخميّ: الأوّل أبين لأنّ السّنة جعلت (ليختبر بها في الفصول الأربعة) فقد ينفع في فصلٍ دون فصلٍ، وهذا يستوي فيه الحرّ والعبد. فرعٌ: وهل يكون الأجل من يوم الرّفع، أو من يوم الحكم؟ نقل المتيطيّ عن ابن الموّاز عن مالك أنّ السّنة من يوم ترفعه إلى السّلطان وقال الباجيّ: هذه عبارة أصحابنا وتحقيق ذلك عندي أنّ ابتداء أجل السّنة (من

أنصف وإن مرّ في المختصر خلافه موافقه للإمام ص):

(وحيث عيب الزوج باعتراض | أو برص وقيم عند القاضي)

إلى آخر الأبيات العشرة. قوله: **(ليختبر بها في الفصول الأربعة إلخ)** هذا قاله الفحول القاضي وغيره، واعترضه ابن رشد قائلاً: العلة في السنة سنة متبعة، ولو كانت العلة مرور الفصول لكان للعبد سنة كالحر إلخ، وفي اعتراضه ما لا يخفاك عند من يقول: الحر والعبد سواء، وهو مذهب الجمهور كما في الكافي وغيره، بل حتى من يقول أجل العبد على النصف لأنه قد

يوم يحكم السّلطان بها) إذ لا يحكم إلاّ بعد ثبوت العيب أو إقرار الزّوج فقد يطول ما بين الرّفع والحكم.

وكالرّجال أجل النّساء في هذه الثّلاثة الأدواء
وفي سواها لا يكون الأجل لهنّ إلاّ ما يرى المؤجّل

يعني أنّ المرأة تؤجّل في هذه الأمراض الثّلاثة الّتي هي الجنون والجذام والبرص سنةً كالرّجل، وأمّا ما عداها فتؤجّل قدر ما يراه المؤجّل بالكسر وهو القاضي ممّا يتأتّى فيه معالجة ذلك الدّاء وإنّما تعيّن عود الإشارة إلى ما عدا الاعتراض لأنّهم عدّوه من الأمراض الخاصّة بالرّجل والكلام الآن في النّساء والأدواء جمع داء وهو المرض ففي وثائق ابن فتحون: إذا كان بالمرأة جنونٌ أو جذامٌ، أو برصٌ فإنّها تؤجّلّ في التّداوي من ذلك سنةً وقال في داء الفرج: إنّها تؤجّل في التّداوي منه بقدر اجتهاد الحاكم ولم يحدّ ا هـ وفي مختصر الشّيخ خليلٍ: وأجّلا فيه وفي برصٍ وجذامٍ رجي برؤهما سنةً، ثمّ قال: وأجّلت الرّتقاء للدّواء بالاجتهاد.

ويمنع المبروص والمجذوم من بنائه وذو الجنون فاستبن
وذوُ اعتراضٍ وحده لن يمنعا وهو مصدّقٌ إذا ما نوزعا
وإن يقل وطئت أثناء الأمد فقوله مع اليمين معتمد

اشتملت الأبيات على ثلاث مسائل الأولى: أنّ من ضرب له الأجل من الرّجال لمعالجة دائه قبل البناء وطلب البناء بزوجته أثناء الأجل المضروب فإنّه يمنع من ذلك وذلك المجنون والمجذوم والمبروص كما تقدّم في ضرب الأجل لهم في قوله: وحيث عيب الزّوج باعتراض البيتين إلاّ المعترض فإنّه لا يمنع وله البناء في أثناء الأجل وإلى هذا أشار بالبيت الأوّل وشطر الثّاني قال في طرر ابن عات: ويمنع المجنون من البناء بها لما يخشى منه عليها، وكذلك المجذوم والمبروص إذا كانت الرّائحة منهما تؤذي ذكر ذلك ابن فتحونٍ وقال المتيطيّ مثله

يدعي أن الحر يعتبر حقّه أكثر من العبد انظر الشرح. قوله: **(من يوم يحكم السلطان بها)** كأنه أراد الحكم بالعنة أي بثبوتها، فإذا ثبت وحكم القاضي بأن الأمر ثبت عنده فيضرب الأجل، ويدل لهذا قول الباجي وغيره: فإذا ثبت عند القاضي ما يوجب ضرب الأجل استأنف ضربه من يوم إنفاذ الحكم أي الحكم على الزوج بأنه عنين والله أعلم. ولكن لعل مراده بالحكم ثبوت أن الزوج عنين بإقرار أو غيره، ولم يبق للزوج دعوى في ذلك فإن الحكم عليه بأنه عنين قد لا يحتاج إليه تأمل هذا، فلعل تعبير الباجي فيه مسامحة، وهذا الذي يدل عليه قوله: وذلك إن رفعها إلى السلطان إلخ فافهم.

سواءٌ وفي طرر ابن عات: ولا يمنع المعترض من البناء وقال المتيطيّ مثله وزاد: فإن وطئ في خلال السّنة وإلاّ فرّق بينهما عند انقضائها قوله: «وهو مصدّقٌ إذا ما نوزعا» هذه المسألة الثّانية: ممّا اشتملت عليها الأبيات يعني إذا ادّعت المرأة على الرّجل الاعتراض وأنكر هو فإنّه مصدّق في نفي الاعتراض ابن الحاجب: وصدّق في العنّة التّوضيح: أي في الاعتراض فهذه من المواضع الّتي أطلق فيها العنّة على الاعتراض ا هـ. وهو على حذف مضاف أي في نفي العنّة (وفي الطّرر: إذا أنكر الزّوج ما ادّعت عليه من الاعتراض فهو مصدّقٌ) وقد نزلت بالمدينة وفي ابن الحاجب أيضًا والقول قوله في الوطء مع يمينه بعد أن توقّف حين نزلت بالمدينة وفي المختصر وصدّق في الاعتراض أي في نفي الاعتراض المسألة الثّالثة: ممّا اشتملت عليه الأبيات: المعترض يضرب له الأجل فيدّعي في أثنائه أنّه وطئ فالقول قوله مع يمينه وإليه أشار بالبيت الثّالث التّوضيح: في شرح قول ابن الحاجب والقول قوله في الوطء مع يمينه قال في المدوّنة وإن قال المعترض في الأجل جامعتها دين وحلف فإن نكل وحلفت فرّق بينهما فإن نكلت بقيت زوجةً وتوقّف فيها مالكٌ مرّةً إذ نزلت بالمدينة وأفتى غيره أن تجعل الصّفرة في قبلها وقال أناسٌ يجعل نساءٌ معها. ا هـ وفي المختصر: وصدّق إن ادّعى فيها الوطء بيمينه وإن نكل حلفت وإلاّ بقيت فقوله حلفت أي وفرّق بينهما وإن نكلت بقيت أي زوجةً.

وتمنع الإنفاق ما لم تدخل إن طلبته في خلال الأجل

تقدّم أنّ المجنون والمجذوم والمبروص يضرب لكلّ واحد منهم سنةً ويمنعون من الدّخول أثناءها فإذا طلبت زوجة أحدهم النّفقة في ذلك الأجل، فلا نفقة لها فيه لأنّها في مقابلة الاستمتاع وقد منعته نفسها لسبب لا قدرة له على دفعه فكان بذلك معذورًا، وهذا في غير المعترض، وأمّا المعترض فقد تقدّم أنّه لا يمنع من البناء بزوجته فإذا طلبته بالنّفقة لزمته لكونه متمسكًا من الاستمتاع بها. قال ابن رشد: في رسم الصّلاة من سماع يحيى من كتاب الطّلاق قال أبو إسحاق التّونسيّ: وانظر إذا ضرب للمجنون أجلٌ سنةً قبل الدّخول هل لها نفقة إذا دعته إلى الدّخول مع امتناعها من ذلك لجنونه كما إذا أعسر بالصّداق أنّه يؤمر

قوله: (وفي الطرر إذا أنكر الزوج ما ادعته عليه من الاعتراض فهو مصدق إلخ) ظاهره أنه مصدق بلا يمين تبعًا لابن الناظم إذ هذا نقله ولم يعرج على ذكر اليمين، والحاصل من كلامهم أنه إذا أقرّ بالاعتراض وادعى الوطء فلا بدّ من يمينه لأنه يريد حلّ ما وجب عليه من الأجل، وأما إن ادعى عدم الاعتراض أصلاً في ذلك خلاف هل يحلف أم لا؟ والراجح هو الحلف لأن دعوى الزوجة محققة عليه وهي دعوى غير بعيدة واليمين تجب في هذا، والخلاف ذكره اللخمي في تبصرته، وصرّح خليل باليمين في المسألة الأولى، وفي الثانية كلامه محتمل ونصه في الأولى: وصدق إن ادعى فيها الوطء بيمينه. وفي الثانية: وصدق في الاعتراض كالمرأة في دائها إلخ.

بإجراء النّفقة مع امتناعها منه لعدم قـدرته على دفع صداقها فأجال النّظر ولم يبيّن في ذلك شيئًا والظّاهر أنّها لا نفقة لها لأنّها منعـته نفسها لسبب لا قـدرة له على دفعه فكان بذلك معذورًا بخلاف الّتي منعته نفسها حتّى يـؤدّي إليها صداقها إذ لعلّ له مالاً فكتمه. ا هـ قال الشّيخ ابن غازيّ: ولا يصحّ قياس المعترض على المجنون لأنّ المجنون يمنع عنها كما قال في المدوّنة والمعـترض مـرسلٌ عليهـا ا هـ، وهذا في تأجيل الزّوج (وانظر إذا أجّلت الـزّوجة) لجنون، أو جذامٍ أو برصٍ قبل البناء هل لها نفقةٌ لأنّ الامتناع ليس من قبلها، أو لا نفقة لها لأنّها وإن لم تمنعه هي فإنّه إن استمتع سقط خياره.

والعـيب في الرّجـال مـن قـبل البنا ... وبـعـــده الرّدّ بـه تـعـــيّنـا

إلاّ اعـتـراضًـا كـان بعـد مـا دخل ... والوطء منه هبـه مـرّةً حـصل

وبالـقـــديم الزّوج والكـثـيــر ... يردّ والحـــادث واليـــســيــر

إلاّ حـــــديث برصٍ مـنـزور ... فـــلا طلاق منه فـي المشــهــور

وزوجــــةٌ بســـابـقٍ لعـــقـــده ... وهو لـزوجٍ آفــــةٌ مـن بعـــده

(اعلم أنّ فهم هذه الأبيات) يتوقّف على معرفـة فقه المسألة في الجملة وذلك أنّ العيب الموجود في أحد الزّوجين إمّا أن يكون سابقًا على عقد النّكاح، أو حادثًا بعد عقده فإن كان

قوله: (**وانظر إذا أجّلت الزوجة إلخ**)هذه لا نفقة لها في المدة أصلاً لأن ما تؤجل لزواله لا يكون إلاّ قبل العـقد إذ لا تردّ بما بعـد العقد، وإذا كـان كذلك فهي غـارة ومدلسـة ولذلك قالوا العيب الحـادث قبل العقد يرد به مطلقًـا لأن صاحبه مـدلس كما تراه قريبًـا في شرح النظم هنا، ولذلك الناس إنما تكلموا على الـتأجيل للزوجة من جـهة جنون الزوج مثلاً، وهذا هو الـذي فيه الخلاف باعتبار النفقـة كما في ابن عرفة وغيره، وفيه وقع التوقف قالوا فـإنه إن استمتع بها سقط خياره لما قال أصبغ: يستمتع الزوج بالرتقاء في أجـلها، فقال المتيطي ما نصّه: في قول أصبغ نظر فإذا استمـتع ولو مرة واحدة فلم لا يكون تمتعه بها رضا منه بدائـها، هذا لفظه، فالنص هو جواز الاستمتاع وعدم اللزوم لذلك كتمتع المعـترض، وإن كان المعترض تمتعه بها ربما يؤديه للوطء الذي هو المطلوب منه، ولا كذلك الرتقاء لأن تمتعه بها ربما يدل على الرضـا بها كما قاله المتيطي بل هو الظاهر.

قوله: (**اعلم أن فهم هذه الأبيات إلخ**)كلامه في هذه الأبيات حسن لا اعـتراض عليه فيه، وحاصل هذه الفـذلكة أن العيب الواقع قبل العقـد يرد به مطلقًا كان بامرأة أو رجل قـليلاً كان أو كثيـرًا، لأن من فيه العيب مـدلس كان جنونًا أو غيره، وإن حـدث بعد العقد فـالزوجة لا تردّ به مطلقًا بلا قيد أصلاً، وإن حدث بالزوج بعد العقد فالردّ ثابت لها في الجذام البيّن والبرص المضر،

سابقًا على العقد ثبت به الخيار للآخر لأنّ صاحب العيب مدلّسٌ حيث كتم ولم يبيّن وسواءٌ كان العيب بالزّوج أو الزّوجة وإن كان حادثًا بعد العقد فإن حدث بالمرأة، فلا مقال للزّوج وهي مصيبةٌ نزلت به لأنّه قادرٌ على الفراق بالطّلاق وسيقول النّاظم بعد:

وزوجة بسابقٍ لعقده وهو لزوجٍ آفةٌ من بعده

وإن حدث بالرّجل فحكى ابن الحاجب في ذلك أربعة أقوال: الأوّل: أنّ لها الخيار في كلّ عيب حدث بالرّجل بعد العقد بنى، أو لم يبن لأنّ الفراق ليس بيدها، فلا مخلّص إلاّ إن خيّرت الثّاني: لا خيار لها كالّذي يحدث بالزّوج الثّالث: لا خيار لها إلاّ إن حدث به برصٌ فتخيّر الرّابع: لها الخيار إلاّ في البرص اليسير، فلا خيار لها ابن الحاجب: والعيب المقتضي للخيار ما وجد قبل العقد لا بعده وفي ثبوت الخيار للمرأة خاصّةً بعده ثالثها إلاّ في البرص ورابعها إلاّ في القليل منه ا هـ فتكلّم النّاظم في البيتين الأوّلين على العيب الحادث بالرّجل بعد عقد النّكاح بنى، أو لم يبن وأنّ للمرأة الخيار بسببه إلاّ إذا كان العيب اعتراضًا حدث بعد الوطء ولو مرّةً واحدةً، فلا خيار لها وتقدّم أنّ ابن الحاجب حكى في ذلك أربعة أقوال ذهب النّاظم في هذا البيت على الأوّل منها، ثمّ تكلّم على نظيره. وهو حدوث العيب بالزّوجة بعد عقد النّكاح عليها حيث قال وهو لزوجٍ آفةٌ من بعده أي حدوث العيب بالزّوجة بعد العقد آفةٌ نزلت بالزّوج، فلا خيار له فإمّا أمسك، أو طلّق، ثمّ تكلّم على الرّدّ بالعيب القديم السّابق على العقد فأشار لردّ الزّوج به بقوله وبالقديم الزّوج والكثير البيت إلاّ أنّ قوله والحادث أي بعد العقد هو تكرارٌ مع قوله أوّلاً والعيب في الرّجال من قبل البنا البيتين وكأنّه كرّره ليستثني منه حدوث البرص اليسير بالزّوج فإنّه لا يوجب للمرأة خيارًا، أو هذا هو القول الرّابع عند ابن الحاجب كما تقدّم ومفهومه أنّ الكثير يوجب لها

كان الجنون قبل الدخول أو بعده على خلاف في ذلك، مع أنّ ثمرة الردّ إنّما تظهر قبل الدخول لأنه يلزم به كمال الصداق فافهم، ولكن حدوث الجنون بالزوجة بعد العقد فيه كلام هل ترد به أو لا؟ والذي يظهر رجحانه هو عدم الرد، ولعل الجنون أقوى من غيره، وأما الاعتراض فمهما وطيء الزوج مرة سقط حكمه، وكذا إذا وطئ مرة ثم قطع ذكره مثلاً وقد لفقنا هذا بما نصّه:

مطلق عيب قبل عقد معتبر أو بعده إن كان في زوج ذكر

إلاّ فيما خفي من الجذام وبرص خفي بلا ملام

وراجع لنفي وطئه دفع بوطأة منه على ما قد سمع

وقولنا: مطلق عيب الكلام في العيب الذي يرد بلا شرط كما لا يخفى، والعيوب التي يرد بها هي كلها مذكورة في المختصر وذلك ثلاثة عشر عيبًا سلمنا الله من جميعها وغيرها بمنّه وفضله وكرمه وطوله. وقال ابن الناظم هنا ما نصّه: أقول واستشكل ابن عرفة الردّ بالسواد إذا اشترط

الخيار، وكذلك الجذام البيّن إذا هو أضرّ من البرص، وهذا المفهوم هو منطوق قول الشّيخ خليلٍ ولها فقط الرّدّ بالجذام البيّن والبرص المضرّ الحادثين بعده فتلخّص من كلامه أنّه يستثنى من العيب الحادث بالزّوج بعد العقد شيئان. الاعتراض بعد الوطء والبرص اليسير، فلا خيار فيهما للزّوجة لقوله إلاّ اعتراضًا كان بعد ما دخل البيت ولقوله: إلاّ حدوث برصٍ منزور البيت، فلا طلاق منه أي، فلا خيار فيه للمرأة ولو عبّر بالخيار بدل الطّلاق لكان أولى والله أعلم، ثمّ تكلّم على ردّ المرأة بالعيب القديم فقال وزوجةٌ بسابقٍ لعقده فتلخّص من كلامه أيضًا أنّه حكى في المسألة الّتي حكى ابن الحاجب فيها أربعة أقوالٍ وهي حدوث العيب بالرّجل بعد العقد قولين منها الأوّل في البيت الأوّل من هذه والرّابع في قوله إلاّ حدوث برصٍ منزور فقول النّاظم والعيب في الرّجال من قبل البنا وبعده البيت معناه أنّ العيب الحادث بالرّجل بعد عقد النّكاح سواءٌ حدث قبل البناء أو بعده عيبٌ للزّوجة الرّدّ به، وهذا هو القول الأوّل عند ابن الحاجب ولّما دخل في قوله وبعده عيب الاعتراض الحادث بعد البناء والوطء وهو لا يردّ به استثناء النّاظم. فقال الاعتراض إذا كان بعد الوطء ولو مرّةً واحدةً فإنّه لا يردّ به وذلك مصيبةٌ نزلت بالزّوجة وقوله وبالقديم الزّوج والكثير البيتين يعني أنّ العيب إذا كان بالزّوج فإنّه يردّ به قليلاً كان العيب، أو كثيرًا قديمًا كان أي قبل العقد أو حادثًا بعد العقد إلاّ إذا كان الحادث بعده برصًا يسيرًا، فلا يردّ به على المشهور، وهذا هو القول الرّابع عند ابن الحاجب كما تقدّم فكأنّ النّاظم حكى القول الأوّل والرّابع ممّا عند ابن الحاجب وزاد ابن الحاجب بعد حكاية الأقوال الأربعة ما نصّه، وأمّا جنونه الحادث فيعزل سنةً فإن صحّ وإلاّ فرّق بينهما وقيل إن كان يؤذيها وعن مالكٍ والمجذوم البيّن كذلك التّوضيح: أي فيعزل سنةً إن رجي برؤه، ثمّ يفرّق بينهما إن شاءت. وحاصل القول الرّابع أنّ ما يحدث بالرّجل بعد العقد، فلا خيار للمرأة إلاّ في البرص الكثير والجذام البيّن والجنون إذا حدث بعد العقد وقبل البناء أمّا بعد البناء، فلا خيار لها به وعلى هذا اقتصر في المختصر بقوله ولها فقط الرّدّ بالجذام البيّن والبرص المضرّ الحادثين بعده لا بكاعتراضٍ، أو جنونهما وإن مرّةً في السّنة قبل الدّخول وبعده أي بعد العقد وحكى ابن عرفة في جنونٍ من تأمن زوجته أذاه ثلاثة أقوالٍ الأوّل: إلغاؤه لابن رشدٍ من سماع زونان عن أشهب عن ابن وهبٍ الثّاني: اعتباره لسماع عيسى رأى ابن القاسم وروايته الثّالث: إن حدث بعد البناء ألغي وإلاّ، فلا اللّخميّ: وقوله وزوجةٌ بسابقٍ لعقده يعني أنّ الزّوجة تردّ بالعيب السّابق على العقد ولا إشكال في هذا، وأمّا ما حدث بالمرأة بعد العقد فمصيبةٌ نزلت بالزّوج لا خيار له فإن شاء أمسك، أو فارق فإن فارق قبل البناء لزمه نصف الصّداق وإن فارق بعده لزمه الصّداق كاملاً. وعلى ذلك نبّه بقوله وهو أي حدوث العيب بالمرأة من

السلامة لعدم اندراجها عنده تحت تلك العيوب التي يردّ بها إذا اشترطت السلامة، وما أبداه من هذا البحث ظاهر هنا فتأمله.

بعد العقد آفةٌ نزلت بالزّوج، فلا ردّ له به وفي المواّق عن ابن عرفة: ما حدث بالمرأة من عيب بعد العقد لغوٌ وهو نازلةٌ بالزّوج ابن رشد: وما حدث بالرّجل بعد العقد من جذام ثالثُ الأقوال قول ابن القاسم لها الخيار إن كانَ بيّنًا إلاّ إن رجي برؤه، فلا يفرّق بينهما إلاّ بعد أجله سنةً لعلاجه ابن عرفة: والبرص إذا حدث بالرّجل بعد العقد فقال ابن رشد: يسيره لغوٌ اتّفاقًا وشديده وكثيره سمع ابن القاسم يردّ به (وقال المتيطي) حدوث جنونِ الرّجل بعد العقد وقبل الدّخول كوجوده قبل العقد قال: وكذا الجذام بخلافهما إذا حدثا بعد الدّخول راجعه ا هـ. والعيب مبتدأ وفي الرّجال ومن قبل البنا في محلّ الصّفة للعيب وجملة الرّدّ به تعيّنا خبر العيب والرّابط جملة الخبر بالمبتدأ ضمير به العائد على العيب والزّوج مبتدأ وخبره يردّ وبالقديم يتعلّق بيردّ وزوجةٌ مبتدأ خبره محذوفٌ أي تردّ وبسابقٍ بذلك المحذوف.

والرّتق داء الفرج في النّساء   كالقرن والعفل والإفضاء

بيّن هنا داء فرج المرأة وهو نظير قوله في بيان داء الفرج في الرّجل وداء فرج الزّوج بالقضاء كالجبّ والعنّة والخصاء يعني أنّ داء فرج المرأة هو الرّتق[٧١] والقرن[٧٢] والعفل[٧٣] والإفضاء ابن الحاجب: وداء الفرج في المرأة ما يمنع الوطء، أو لذّته كالرّتق والقرن والعفل وزيد البخر والإفضاء التّوضيح: عياضٌ الرّتق بفتح الرّاء والتّاء التصاق موضع الوطء والتحامه والعفل بفتح العين المهملة وفتح الفاء في النّساء كالأدرة في الرّجال وهو بروز لحم في الفرج والقرن بفتح القاف وسكونِ الرّاء مثله لكنّه قد يكونِ خلقةً غالبًا ويكون عظمًا وقد يكون لحمًا قال غيره، وأمّا القرن بفتح القاف والرّاء فهو المصدر وهو الأحسن هنا ليكون موافقًا لباقي العيوب فإنّها كلّها مصادر ومن عدّ الفتح خطأً فقد أخطأ قوله وزيد البخر والإفضاء زادهما في الجلاب والبخر نتن الفرج لأنّ المصنّف أخبر بذلك عن داء الفرج ا هـ والإفضاء اختلاط محلّ الجماع ومجرى البول بزوال الحائل الرّقيق الّذي بينهما وإذا وقع ذلك، فلا تمسك بولاً ولا نطفةً والبخر والإفضاء يمنعان لذّة الجماع لا مطلق الجماع قال الشّارح: وسكنّ الشّيخ رحمه الله التّاء من الرّتق لضرورة الوزن، أو لعلّه استعمله مصدراً كقولك رتقت الشّيء رتقًا.

ولا تردّ من عمى ولا شلل   ونحوه إلاّ بشرطٍ يمتثل

يعني أنّ المرأة لا تردّ إلاّ من العيوب المذكورة قبل ولا تردّ من غيرها كالعمى وأحرى العور والشّلل وقطع عضوٍ ونحو ذلك إلاّ إذا تزوّج على شرط السّلامة فيمتثل الشّرط وتردّ

(٧١) الرتق: هو السد والالتئام فهي رتقاء.

(٧٢) القرن: هو بروز لحم في الفرج أو عظم.

(٧٣) العفل: هو بروز لحم في فرج المرأة.

بغير ما تقدّم أو قد ولدت من زنًا، أو سوداء فقال مالكٌ لا تردّ النّساء في النّكاح إلاّ من العيوب الأربعة الّتي وصفت لك ومن كتاب ابن يونس وسئل أبو محمّد بن أبي زيد عمّا يكتب النّاس في صدقاتهم وهي صحيحة العقل والبدن إن وجدها بعد ذلك عمياء أو شلاء هل له أن يردّها بهذا الّذي كتب في الصّداق؟ فقال لا ينفعه ذلك وليس كالشّرط حتّى يبيّن فيقول لا عمياء ولا شلاء قال ولو كان في موضع صحيحة البدن سليمة البدن لرأيت له أن يردّها إذا وجدها عمياء، أو شلاء أو غير ذلك وبهذا كان يفتي علماؤنا ونفتي نحن قال الشّارح: استشكل ابن عرفة الرّدّ بالسّواد إذا اشترط السّلامة لعدم اندراجها عنده تحت العيوب الّتي يردّ بها إذا اشترط السّلامة وبحثه ظاهرٌ. ا هـ ومن المدوّنة: إن وجدها سوداء، أو عمياء، أو عوراء لم تردّ ولا يردّ بغير العيوب الأربعة إلاّ أن يشترط السّلامة منه قلت فإن شرط أنّها صحيحةٌ فإذا هي عمياء، أو شلاء، أو مقعدةٌ أيردّها؟ قال نعم إذا اشترطها على من أنكحه إيّاها لقول مالك فيمن تزوّج امرأةً فإذا هي لغيّة إن زوّجوه على نسب فله ردّها وإلاّ، فلا عياضٌ: قوله لَغيّة أيّ لغير نكاحٍ كما قال في موضعٍ آخر لزنية عكس هذا الرّشيدة إلاّ إنّه يجوز فتح الرّاء هنا ابن رشد: إن أجاب الوليّ الخاطب عند قوله قيل لي وليّتك سوداء أو عوراء بقوله كذب من قال ذلك هي البيضاء الغرّاء، فلا خلاف أنّ هذا شرطٌ يوجب ردّها إن وجد بها بعض ذلك. وإنّما الخلاف إن وصفها الوليّ عند الخطبة بالبياض وصحّة العينين ابتداءً بغير سببٍ وهي سوداء، أو عمياء ففي لغوه وكونه شرطًا قولان المتيطيّ: قوله: صحيحةٌ في جسمها قيل هو كشرط السّلامة من كلّ عيبٍ وحكى عبد الحقّ وغيره عن الشّيخ أنّه لا يوجب له ذلك الباجيّ: ظاهر المذهب أنّها لا تردّ بفاحش القرع كالجرب خلافًا لابن حبيب ابن رشد: وابن حبيبٍ يرى ردّ القرعاء والسّوداء ابن عرفة: نقله عنه اللّخميّ بشرط كونها من بيضٍ وفي الجلاّب تردّ من نتن الفرج فعلى هذا تردّ بالبخر والخشم وهو نتن الأنف (لان نتن الأعلى أولى بالرّدّ ا هـ).

(والزّوج حيث لم يجدها بكرا) لم يرجع إلاّ باشتراط عذرا
ما لم يزل عذرتها نكاحٌ مكتتمٌ فالرّدّ مستباحٌ

قوله: **(لأن نتن الأعلى أولى بالرد)** هذا كما قال، ذكره غيره واحد وسلّمه، ولكن تلقينا من أشياخنا أن نتن الفرج أصعب لأن نتن الفم والأنف يمكن ردّه بتغطيتهما عند الجماع الذي هو المقصد الأعظم من المرأة، ونتن الفرج يزداد عند الجماع ولا يتأتى ردّه، وعرضناه على غير واحد ممّن يظن به العلم فاستحسنه وصوّبه، ولذلك في المختصر ذكر الردّ بنتن الفرج مطلقًا، وذكر أن نتن الفم لا يردّ به إلاّ مع الشرط كالعمى ونحوه. قوله: **(والزوج حيث لم يجدها بكرًا إلى آخر البيتين)** حاصل المسألة أنه إذا وقع الشرط بأنها عذراء فوجدت بلا عذرة فإنها ترد مطلقًا بأي وجه كان زوالها، وإن وقع الشرط على أنها بكر ووجدت ثيبًا بالنكاح فإنها ترد أيضًا لأنه شرط البكارة

يعني أنّ من تزوّج امرأةً على أنّها بكرٌ فوجدها ثيّبًا، فلا رجوع له؛ لأنّ البكر في اللّغة هي الّتي لم ينعقد عليها نكاحٌ قطّ وهذه كذلك ولا يدلّ لفظ بكرٍ على كونها عذراء وهي الّتي بخاتم ربّها هذا لفظ الشّارح فإن كان زوال عذرتها بنكاحٍ كتموه عن الزّوج ولم يعلم به فله ردّها إذ ليست بكرًا حينئذٍ وعلى ذلك نبّه بقوله والزّوج حيث لم يجدها بكرًا لم يرجع، ثمّ قال ما لم يزل عذرتها نكاحٌ قال في المقرّب: قلت: فإن تزوّجها وهو لا يعرفها فإذا هي عمياء، أو عوراء أو قطعاء، أو شلاء، أو مقعدة البيت، وأمّا من تزوّج امرأةً على أنّها عذراء فوجدها ثيّبًا غير عذراء فله الرّجوع وعلى ذلك نبّه بقوله: إلاّ باشتراط عذراء المواّق عن ابن عرفة: لو شرط أنّها عذراء فوجدها ثيّبًا غير عذراء فله ردّها اتّفاقًا وفي كون شرط أنّها بكرٌ كذلك ولغوه قولان والّذي عوّل عليه ابن فتحون وصوّبه وأخذ به جماعةٌ من المتأخّرين ورواه ابن حبيب عن مالك وقاله أشهب أن لا ردّ له بذلك. ا هـ الحطّاب: وعلى عدم ردّها بالثّيوبة في الدّخول على أنّها بكرٌ قال ابن عرفة عن المتيطيّ وابن فتحون لو بان أنّها ثيّبٌ من زوجٍ لكان للزّوج الرّدّ ا هـ، ثمّ قال المواّق ابن عرفة على ردّها بالثّيوبة إن

ولم توجد، وإن زالت بوثبة ونحوها ولم يعلم بذلك الولي فالراجح عدم الرد، وإن علم فالراجح الردّ إلخ. هذا هو الحق في النازلة، وقد سقنا دليله من كلام الناس في الشرح، وكلام ابن راشد هنا فيه نظر قف عليه إن شئت، وإن لم يشترط أنها عذراء ولا بكر فلا تردّ بالثيوبة، وقد لفقنا هذا بما نصّه:

وحيث لا شرط فلا رد وإن	وجد بالعذرة فالمرد قمن
كبكارة وزالت بنكاح	كغيره وكتمه له اتضاح
وحيث لا كتمان فالخلف اتضح	فهاكها منظومة ممّن نصح

ولكن الراجح في هذا الخلاف ما ذكرناه.

تنبيه: ما ذكرناه من الرد في شرط العذرة حكى عليه ابن راشد الاتفاق ونقله غير واحد كابن عرفة وابن سلمون ولم يتعقبه، لكن في نوازل ابن الحاج ما هو صريح أو كالصريح في عدم الردّ، وصرّح البرزلي بذلك عن القابسي لما سئل عن المسألة وهو في شروح النظم، وكذا هو في أنقال المواق مع زيادة عن غير واحد، وفي المعيار أيضًا، وجمعنا ذلك في شرحنا، ومن قال الردّ إنما هو إذا علم أن الثيوبة وقعت قبل العقد لا إن شك في ذلك، لأن عيب المرأة يلغى بعد العقد والأصل الاستصحاب فيحمل ذلك على الحدوث، وقد حذر الناس من اتفاقات ابن رشد، وما ذكره القابسي ومن وافقه حسن غاية في وقتنا هذا الذي هو في حدوده الثلاثين ومائة بعد ألف، فإن الذي قلّ دينه يتزوج البكر العذراء بشرط أو عرف يتنزل منزلة الشرط فيجدها عذراء فإن أعجبته سكت وإلاّ تكلم وادعى أنه وجدها بلا عذرة ليرد صداقه ويرسل لأهلها فيدركهم الحياء غاية ويخافون المعرة لا سيما إن كانت لهم مروءات وأهل بيوتات فيصالحونه على الصداق فيأخذه أو

أكذبته في دعواه أنّه وجدها ثيّبًا فله عليها اليمين إن كانت مالكةً أمر نفسها، أو على أبيها إن كانت ذات أب. ابن حبيب: ولا ينظرها للنّساء ولا تكشف الحرّة في مثل هذا، انظر إذا قال وجدتها مفتضّةً فإنّه يجبُ حدّه للقذف وإن ثيّبٌ قوله أي إنّها ثيّبٌ بخلاف ما إذا قال لم أجدها بكرًا لأنّ العذرة تذهب بغير جماعٍ انظر نوازل ابن الحاجّ فعلى ما ذكر عوّل شيخ الشّيوخ ابن لبٍّ قال: ولا ينظرها القوابل وشدّد في ذلك. ومن نوازل البرزليّ: سئل القابسيّ عمّن اشترط عذراء فوجدها ثيّبًا فقال: هذا شيءٌ لا يمنع الزّوج الوطء وشيءٌ يدخل على المرأة ولا تشعر من لعب، أو قفزة ومن تكرّر الحيض فتأكله الحيضة ويزول الحجاب وليس بعيب على كلّ حال اهـ وانظر جواب القابسيّ هذا مع ما تقدّم عن ابن عرفة أنّه له الرّدّ اتّفاقًا، ثمّ قال المواّق: وقال المتيطيّ: إن شرط أنّها بكرٌ فألفاها ثيّبًا على ذلك، فلا ردّ له ورواه ابن حبيب عن مالك قاله الشّيخ أبو بكر بن عبد الرّحمن: قال: لأنّ العذرة تذهب بالقفزة والحيضة كما قال أشهب وقد تكون العذرة ذهبت بعد عقد النّكاح، فلا يجب على الزّوجة شيءٌ وسئل الشّيخ أبو محمّد ابن أبي زيد عمّن تزوّج بكرًا، ثمّ زنت فقال هذه نازلةٌ نزلت بالزّوج ويلزمه جميع الصّداق إن دخل ونصفه إن طلّق قبل الدّخول وفي المدوّنة: في المرأة يظهر بها حملٌ قبل أن يدخل بها الزّوج قال ابن القاسم هي زوجته إن شاء طلّق وإن شاء أمسك ولا يلحق به الولد وتحدّ هي (المتيطيّ: ينبغي لأولياء المرأة) تذهب عذرتها بغير جماعٍ أن يشيعوا ذلك ويشهدوا به ليرتفع عنها العار عند نكاحها. ثمّ قال وينبغي للوليّ أن يعلم الزّوج عند نكاحها بما جرى عليها فإن لم يعلمه فقال أشهب لا مقال للزّوج وقال أصبغ للزّوج الرّدّ والرّجوع على الأب قال ابن العطّار وهو الصّواب عندي اهـ

بعضه، وهذه مفسدة عظيمة جسيمة، فيحسن في هذه الأزمنة التي قلّت فيها الأمانات وشاعت فيها الأذايات أن يفتي في النازلة بعدم الردّ إلاّ إذا كان الزوج برز في العدالة والأمانة، أو من منه أن يكذب في هذا لأمانته وديانته فيؤخذ بما قال ابن رشد ومن تبعه تبعًا لغيرهم من الفقهاء، ولكن لا يشهر القاضي هذا إنما يعاينه بعد وقوعه، لأن اشتهار أن المرأة لا ترد بهذا فيه مفسدة أخرى وهي كون العذراء لا تحافظ على عذرتها، وهنا يحتاج القاضي إلى لبّه وأسفاره والهر إلى أظفاره، ولكن القاضي إن تتبع الحق لينجو مع الله وفقه وهداه، وإن تبع هواه أهلكه وأراده، ومن تولى القضاء وراقب مولاه شهد من هذا ما يعلمه الله، وبالنظر لأمثال هذه المسألة صعب القضاء غاية بل بلغ في الصعوبة النهاية، ولكن إنما يعرف هذا من خاف العقاب وهاب الحساب، وقف على ولي المرأة إذا اصطلح مع الزوج عند قوله وجدتها ثيبًا هل يمضي ذلك أو لا؟ فقد نقلنا كلامًا طويلاً عن الفحول، ولطوله تركنا نقله هنا، قف عليه في شرحنا لهذه المسائل ففيه فوائد مع كثرة ذلك لا سيما في البوادي. قوله: **(المتيطي ينبغي لأولياء المرأة إلخ)** هذا كلام فيه بتر فإن هذا إنما هو لدفع المعرة، وإنما تنتفي المعرة إذا شهد العدول أن البنت صغيرة بحيث لا يمكن منها الزنا، ولذلك قال ابن عرفة بعد ما اقتصر عليه هذا الشارح ما نصّه: إنما يرتفع عارها إن نزل ذلك بها

كلام المواّق. تنبيهاتٌ: الأوّل: قال مقيّد هذا الشّرح عفا اللّه عنه بفضله تلقّينا من بعض شيوخنا رحمهم الله أنّ الخلاف المتقدّم في الرّدّ إذا لم يجدها بكرًا إنّما هو في غير عرف أهل فاس أمّا عرفنا اليوم فإنّ اشترط البكارة كاشتراط كونها عذراء ولا فرق بينهما في عرفنا لأنّهم يعنون بالبكارة كونها عذراء لا غير (فللزّوج الرّدّ إذا وجدها ثيّبًا سواءٌ قالوا بكرًا، أو عذراء) الثّاني: تنبّه للفرق بين قوله وجدتها مفتضّةً أو وجدتها ثيّبًا وأنّه على التّعبير بالافتضاض وما في معناه وهو غالب عبارتهم يحدّ حدّ القذف. الثّالث: فهم من قولهم أنّ العذرة تزول بالقفزة وغيرها كتكرار الحيض فتأكله الحيضة ويزول الحجاب أنّ العذرة ساترٌ رقيقٌ على المحلّ يزول بأدنى شيءٍ وهو الّذي عبّر عنه الشّارح كما تقدّم بخاتم ربّها. الرّابع: فهم من قولهم في توجيه عدم الرّدّ في اشتراط كونها عذراء وقد تكون العذرة ذهبت بعد عقد النّكاح إلخ أن لا ردّ للزّوج حتّى يثبت أنّ زوالها قبل العقد عليها لأنّ الأصل الاستصحاب فيحمل زوالها على الحدوث حتّى يتبيّن خلافه.

وهي في سن من لا توطأ أو سقطت بمحضر جمع، وينبغي أن يثبت ذلك بشهادة ذلك الجمع، ولو كان ذا سترة قاصرة عن التعديل أو نساء، هذا لفظه عن ابن فتوح وابن فتحون والمتيطي وهو كلام حق وأمر صدق يفهمه العوام دون الفقهاء الأعلام، وترك ونقل هذا التفصيل لا ينبغي وإن أشعر ببعضه في نقله وثيقة الونشريسي.

قوله: **(فللزوج الردّ إذا وجدها ثيباً سواء قالوا بكراً أو عذراء)** ما نسبه لبعض شيوخه هو في أبي الحسن قبل شيوخه، ونص أبي الحسن على المدونة بعد كلام في المسألة ما نصّه الشيخ، ولا يتأتى الآن فيه مخالفة إن قال إنها بكر لأنه إنما يطلقونه على القائمة العذرة هذا لفظه، ومع ذلك فالخلاف متأت حتى مع هذا العرف، وذلك أن قول الزوج: أتزوجها على أنها بكر وهو من العامة الذين جرى عرفهم هي العذراء، فالظاهر من كلامه والغالب أنه لا يعرف أن البكر من لم تثب بنكاح كما في اللغة، وإنما الغالب هو أنه إنما أطلقه على ما يعرف غالبًا وهي العذراء، ولكن طلب الشارع الستر محله على الأمر النادر الذي لا يعرفه غالبًا، كحمله الولد من ستة أشهر على أنه للزوج وإن كان الغالب أنه لا يكون من ستة أشهر، وعلى تقدير الجزم فإنه لا يعرف المعنى اللغوي فذلك منه جهل، ولا يعذر به لأجل الستر وإن كان العرف ناسخًا للغة، ولذلك قال ابن رشد بعد كلام في المسألة ما نصّه: وليس في قول أصبغ بيان على ما يحمل الشرط من ذلك هل على ما يقتضيه اللسان على ما ذهب إليه أشهب أو على ما يعرفه عامة الناس من أن البكر ذات عذرة إلخ. فقوله هذا ظاهر فيما ترومه، وفيه أن هذا عرف عام في أن البكر هي العذراء لا عرف أهل فاس فقط في زمن شيخ هذا الشارح، ولكن إن وقفت على الشرح ورأيت كلام الناس في هذا ظهر لك أن الخلاف موجود مع العرف المذكور، وربما يكون الخلاف إنما يظهر معه فقط إن تأملت ما تقدم من الحكم في هذه المسألة ونظرت كلام الناس، ومن جملة كلام ابن رشد في المسألة ما نصّه: وإنما قال أشهب إنها تلزمه ولا شيء له لأن البكر في اللسان هي التي لا زوج لها

(الخامس: انظر) قوله: فيمن ظهر بها حملٌ قبل البناء ولا يلحق به الولد أي بالزّوج ظاهره ولو أتت به لستّة أشهرٍ فأكثر من يوم العقد عليها وليس كذلك بل يلحق به إذا أتت به لذلك ولا ينتفي إلاّ باللّعان وإنّما لا يلحق به الولد إذا أتت به لأقلّ من ستّة أشهرٍ والله أعلم. السّادس: قول المتيطيّ ينبغي لأولياء المرأة تذهب عذرتها من غير جماعٍ أن يشيعوا ذلك إلخ قلت: على إشاعة ذلك عمل العامّة فيما يقع لهم من ذلك، وكذا الموثّقون حتّى يعقدوا في ذلك الوثائق والسّجلات وقد وقفت في ذلك على وثيقة بخطّ الإمام العالم الحسن بن عثمان بن عطيّة التّيجانيّ الشّهير الونشريسيّ وقد تقطع بعض أطرافها لقدمها ونصّ ما وجدت سالمًا من ذلك هذا كتاب تحصينٍ لرفع ما عسى أن يكون من الظّنون عقده فلانٌ لابنته فلانة الصّغيرة في حجره وولايته، وأمره لما جرى عليها من القدر الّذي لا يغالب بالحذر وذلك أنّها مشت في الأرض مشية الصّبيّان ولعبت لعب أمثالها من الولدان فسقطت على حجرٍ أصاب رحمها وأسقط عذرتها ويعلم من يضع اسمه عقب تاريخه أنّها لصغرها ممّن لا يتشوّف إليها الرّجال فصغر سنّها قرينة رفع الاحتمال فليكن الذّاهب إلى نكاحها طيّب النّفس زهيّ البال وأنّه رافعٌ حجاب لم يرفع لقضاء أربٍ من الآراب وأنّها بكرٌ عوانٌ لم يطمثها إنسٌ قبله ولا جانٌّ ويشهد بمضمن هذه الوثيقة عن علم صغر البنت المذكورة على الحقيقة وفي كذا ا هـ.

والقول قول الزّوج قبل الابتنا ... في قدم العيب الّذي تبيّنا

والقول بعد في الحدوث قول الأب ... والزّوج إذا ذاك بيانه وجب

يعني أنّه إذا ظهر بالزّوجة عيبٌ واختلفت مع الزّوج فادّعى الزّوج أنّ العيب قديمٌ يوجب له الخيار وادّعت الزّوجة حدوثه فيكون مصيبةً بالزّوج فإن كان اختلافهما قبل البناء

عذراء كانت أو غير عذراء فلم يعذره بالجهل ورآها لازمة حتى تتزوج على أنها بكر عذراء، ثم قال: وذلك نحو ما في نوازل سحنون من كتاب العيوب في الذي يشتري العبد فيقول للتاجر: هل فيه من عيب؟ فيقول: هو قائم العينين، فيسأل عن القائم العينين فيقال له هو الذي لا يبصر أن البيع لازم وليس له أن يردّه إلخ. فانظر قوله فيسأل إلخ فهو ظاهر في أن المشتري لا يعرف أن القائم العينين هو الذي لا يبصر، كما أن مشترط كون المرأة بكرًا لا يعرف أنها هي التي لم تثب بنكاح وإنما يعرف أن البكر هي العذراء، بل مسألة البكر أحرى أن يقول أشهب فيها باللزوم فافهم.

قوله: **(الخامس انظر إلخ)** قال ابن عرفة: ما نصّه المتيطي في الرحم من المدونة لمالك إن ظهر بامرأة قبل البناء حمل أنكره زوجها وصدقته بأنها زنت وأنه ما وطئها حدت ولا يلحقه الولد ولا لعان فيه. ابن القاسم: وهي زوجته إن شاء طلق أو إلخ وهذا منه بلفظه، وما ذكره هذا الشارح من هذا القيد انظره صدر اللعان وصدر العدة من شرحنا لتكون على بصيرة فيه.

فالقول قول الزّوج في قدمه وعلى الزّوجة بيان كونه حادثًا وإن كان بعد البناء فالقول قول الزّوجة في حدوثه، أو قول أبيها وعلى الزّوج بيان كونه قديمًا وعليه نبّه بقوله: والزّوج إذ ذاك بيانه وجب ففي طرر ابن عات: انظر إذا ظهر بالزّوجة جذامٌ فادّعى الزّوج أنّ ذلك كان بها قديمًا وقال الأب بل حدّث بها فإن كان قبل البناء فالقول قول الزّوج وعلى الأب البيّنة بحدوثه وإن كان بعد البناء فالقول قول الأب وعلى الزّوج البيّنة قياسًا على البيوع فيما وجد من عيب السّلعة فاختلف فيه الحكم فيهما سواءٌ ذكر ذلك ابن رشد في سماع عيسى من الشّرح (وقد وهم ابن فتحون رحمه الله) في هذه المسألة ونحو هذا الفقه في المواّق عن ابن

قوله: **(وقد وهم ابن فتحون إلخ)** تبع الناس ابن رشد في هذا الناظم ومن شرح نظمه ففصلوا، والذي يظهر أن المذهب أن القول للأب والزوجة قبل البناء وبعده لا كما فصل الناظم ومن تبعه من شراح نظمه وهذا الشارح تابع لابن الناظم، وقول هذا الشارح ونحو هذا الفقه في المواق عن ابن القاسم ليس كذلك، ونص المواق هو قوله على قول المتن عاطفًا على ما تصدق فيه الزوجة أو وجوده حال العقد ما نصّه ابن القاسم إن قال الأب تجذمت بعد العقد وقال الزوج بل قبله فالأب مصدق وعلى الزوج البينة. ابن رشد: هذا إن تداعيا بعد البناء، وأما إن تداعيا قبله فالقول قول الزوج مع يمينه وعلى الأب البينة اهـ. بلفظه ولم يزد عليه شيئًا. فكلام ابن القاسم ظاهر في تصديق الأب مطلقًا، وابن رشد قيد ذلك بما إذا كان ذلك بعد البناء. ابن القاسم لم يقل ما في النظم من التفصيل كما يوهمه كلام هذا الشارح، وعلى إطلاق قول ابن القاسم مرّ في المختصر، ولم يشر لتفصيل ابن رشد أصلاً، والقيد رأيته في كلام المواق وهو في الحطاب أيضًا، وفي الأجهوري وبه قيّد المتن من حشاه، وابن عات والمتيطي وابن سلمون تابعون لابن رشد في ذكر القيد المذكور، وإن كان المتيطي نسب القيد كأنه لم يجزم به، ونصّ ابن درفة ما نصّه: وسمع عيسى بن القاسم من زوج ابنته على أنها صحيحة فتجذمت بعد سنة أو نحوها فقال الأب: فتجذمت بعد النكاح، وقال الزوج قبله، فعليه البينة والأب مصدق لأنه زوجه وائتمنه، رواه أصبغ. ابن رشد: يصدق الأب إلى آخر تمام كلام ابن رشد وما كتبناه هو منه بلفظه. وفي التوضيح ما نصّه: فرع: قال في الجواهر: إذا ظهر بعد مدة من قعد النكاح عيب بها فتنازعا في أنه كان موجودًا حالة العقد فالبينة علي الزوج وصدق الأب محمد مع يمينه ابن حبيب عن مالك وإنما يحلف الولي إذا كان أبًا أو أخًا، وإذا كان غيرهما فاليمين عليها، فجعل محل اليمين محل الغرم بعض الموثقين وهذا إذا لم يدخل بها وإلاّ فاليمين عليها دون الولي لأنه لم يفوت على الزوج شيئًا. قال في المتيطية: والمنازعة مع المرأة إن كانت ثيبًا ومع وليها إن كانت بكرًا اهـ. ونقله بهرام في كبيره مفسرًا به كلام المصنف، وكذا اختصره في الشامل إلخ فأنت تراه لم يذكر قيد ابن رشد بل قوله وإلاّ فاليمين عليها يخالفه وقد ذكره بعض الموثقين، وابن شاس لم يذكر القيد كالمصنف في مختصره وتوضيحه، وكذا صاحب الشامل ومعين الحكام إنما فيه بعض مضمون كلام التوضيح، وابن يونس لم يزد على قوله ما نصّه قال مالك: إذا قال الزوج كان بها الجذام قديمًا وقال الأب بل زوجتكها صحيحة فالأب مصدق. ابن المواز مع يمينه هذا لفظه من ديوانه، وأبو

القاسم (قال الشّارح: هل يريد بالبيّنة) إقامة شهادة بأنّ العيب بها قديمٌ، أو حادثٌ، أو شهادة أهل المعرفة بأنّه قديمٌ أقدم من أمد العقد، أو حادثٌ بعد العقد، أو محتملٌ كالشّهادة في الرّقيق وفي الدّوابّ هذا ممّا يحتمل ولم أر فيه شيئًا ا هـ وقوله والقول بعد أي بعد البناء

الحسن نقل المسألة ولم يعرج على قيد ابن رشد أصلاً، وقد تبين أن كلام الإمام وابن القاسم مطلق لا قيد فيه، وابن رشد قيد واستدل بمسألة البيع والبائع مصدق في حدوث العيب وهو قول المختصر والقول للبائع في العيب أو قدمه وظاهره قبض المشتري المبيع أولاً وهو كذلك كما هو مبين في محله، فيظهر أن القول للأب ولو قبل الدخول، وهاهنا أمور تعكر على التقييد، **الأول**: قولهم قبل البناء القول للزوج وعلى الأب البينة أي بنفي العيب كيف تكتب هذه البينة وهي على النفي المطلق هل يشهدون أنا لا نعلم بها عيبًا قبل العقد أو يجزمون بذلك من أن العيب إذا كان بفرجها كيف يشهد على ذلك والجذام قد يكون في محل العورة وكذا البرص وهذا ضعيف وصعب. **والثاني**: صاحب السماع على تصديق الأب بقوله إن الزوج ائتمنه إلخ وهذا يدل على تصديقه مطلقًا. **الثالث**: أن القول للمدعى عليه لا المدعي وإلاّ بطلت هذه القاعدة والأب مدعى عليه لأنهما اتفقا على وجود العيب، والأب قال له شهر والزوج قال بل له شهران، وقد قال ابن عرفة: من ادعى وجود كائن فهو المدعي لأن الأصل في الكائنات هو العدم، والزوج قال حدث في الشهر الأول، والأب يقول لم يحدث فيه، ومن قال لم يكن فهو المدعى عليه، ومن اعترض هذا القول بأن المدعى عليه هو النافي ردّ عليه وبيّنا ذلك في محله، وإنما سلم أن القول للأب بعد الدخول لأن الدخول يلزم الزوج الصداق به ويريد دفعه بقوله عيب الزوجة قديم، بل نقول وقبل البناء لعله ندم فيريد دفع نصف الصداق عن نفسه بدعواه إن العيب قديم، وقد ذكروا أن من لاعن زوجته قبل البناء عليه نصف الصداق، وعلّلوه باحتماله أنه قصد بالقذف إسقاط نصف الصداق انظره في كتاب اللعان، وكذا في المطلق عليه بالعجز عن الصداق قبل البناء كما في المختصر ولا سيما العيوب في البيوع يردّ بجميعها وفي النكاح بأمور مخصوصة، بل أبو حنيفة لا تردّ الزوجة بالجذام ونحوه مطلقًا، وأيضًا النكاح مبني على المكارمة والزوج قادر على الطلاق فيخف الأمر في هذا، وبهذا فرّقوا بين لغو العيب الحادث بالزوجة بعد العقد بخلاف الزوج، وهذا دليل لانحطاط هذا الباب عن عيوب البيوع، وقد ظهر أن المعتمد هو إطلاق المختصر تبعًا لإطلاق الإمام، وابن القاسم ومن تبعهم في هذا الإطلاق كابن فتحون الذي قال بخلاف القيد المذكور والقيد انفرد به ابن رشد بدليل أن من بعده نقله عنه فقط، وكم من قيود نفذت وقد صدرت من الفحول، وانظر شرحنا فقد تركنا منه شيئًا يدل للمختصر في الجملة، وإن كان الحطاب يظهر منه شبه اعتراض على المتن بتركه هذا القيد تأمله منصفًا لا متعسفًا والله حسيب من لم ينصف. قوله: **(قال الشارح هل يريد بالبينة إلخ)** كلام أبي الحسن على المدونة يفيد النافي فإنه قال بعد قول ابن يونس قال مالك: إذا قال الزوج كان بها الجذام قديمًا وقال الأب زوجتكها صحيحة فالأب مصدق. ابن المواز مع يمينه ما نصّه الشيخ، وهذا إذا أشكل على أهل المعرفة هل هو قديم أو حادث اهـ. بلفظه، وبه تفهم ما تردّد فيه ابن الناظم مع قوله ولم أر فيه شيئًا ص):

بدليل قوله قبل الابتنا ولفظ الأب أي أبي الزّوجة يقرأ بنقل حركة الهمزة للسّاكن قبلها والإشارة في قوله إذ ذاك لكون الاختلاف بعد البناء.

كذا بردّ ذي انتسابِ ألفيا لغيّةٍ أو مسترقًا قضيا

يعني كما يقضي للزّوجة بحدوث عيبها المتنازع فيه بعد البناء كذلك يقضي لها بردّ الزّوج إذا تزوّجته على أنّه ذو نسب فوجدته لا نسب له أي ولد زنًا وهو قوله لغيّة أي لزنية وهو بفتح الغين المعجمة وتشديد الياء من الغيّ وحكى بعض اللّغويّين كسر الغين، أو تزوّجته وهي حرّةٌ على أنّه حرٌّ فوجدته عبدًا، أو فيه شائبةُ رقٍّ فلها الخيار في ردّه والرّضا به في الوجهين، وكذلك عكس المسألتين تزوّج امرأةً على أنّها ذات نسب فوجدها بنت زنًا فهو مخيّرٌ أيضًا، كذلك من تزوّج امرأةً على أنّها حرّةٌ فوجدها أمةً أمّا مسألة وجود أحد الزّوجين ولد زنًا ففي المقرّب في وجود المرأة بنت زنًا أنّ مالكًا سئل عن رجلٍ تزوّج امرأةً فأصابها لزنية فقال إن كانوا زوّجوها منه على النّسب فأرى له الخيار وإن كانوا لم يزوّجوها منه على نسب، فلا خيار له قال ابن القاسم: وأرى لها المهر عليه إن دخل بها ويكون ذلك على من عقدها إلاّ أن لا يكون غرّه منها أحدٌ وهي الّتي غرّت من نفسها فيكون ذلك عليها ا هـ وفيه أيضًا: في وجود الرّجل ابن زنًا، وكذلك من تزوّجت على نسب فغرّها فهي بالخيار قلت: فإن كان الرّجل لغيّةٌ وتزوّجها على النّسب وعلمت فقال لها أن تردّه إن كانت إنّما تزوّجته على نسب ا. هـ، وأمّا وجود الزّوج عبدًا ففي العتبيّة من سماع عيسى من ابن القاسم سئل عن الرّجل يتزوّج الحرّة على أنّه حرٌّ فإذا هو عبدٌ هل يكون لها الخيار قبل أن ترفع ذلك إلى السّلطان؟ وهل يفوّض إليها السّلطان إذا رفع ذلك إليه أمرها إلى نفسها فتطلّق ما شاءت؟ قال: أمّا الّذي غرّ من نفسه فلامرأته أن تختار قبل أن ترفع ذلك إلى السّلطان فما طلّقت به نفسها جاز عليها قال ابن رشد يريد إنّها إن فعلت جاز ذلك لها إن كان الزّوج مقرًا بأنّه غرّها. وفي العتبيّة: وسئل ابن القاسم عن مكاتبٍ تزوّج حرّةً فكانت معه سنين، ثمّ ادّعت أنّه غرّها من نفسه وزعمت أنّها لم تعلم حين نكحته أنّه مكاتبٌ قال ابن القاسم: أرى أن تحلف أنّها لم تعلم ويكون لها الخيار ومن العبيد من يكون في تجارته ومنظره حال الحرّ وهي امرأةٌ في خدرها لم تعلم فالقول قولها مع يمينها إن ادّعى عليها أنّها علمت حتّى يعلم أنّها قد علمت ا. هـ، وأمّا وجود الزّوجة أمةً فقال ابن الحاجب: وفيها

(كذا برد ذي انتساب ألفيا لغية أو مسترقًا قضيا)

حاصل البيت أنه إذا تزوجها على أنها نسيبة فوجدها لزنا فله الخيار وكذا عكسه وكذا إن غرته بالحرية أو غيرها، ولكن انظر هذا عند قول المتن وإلاّ تزويج الحر إلخ، وعند قوله وبغيرها إن شرط السلامة إلخ في الشرح، غير أن رد الزوجة الزوج بكونه ولد زنا إنما رأيته في كلام ابن الناظم.

في الأمة تغرّ بالحرّيّة الأقلّ من صداق المثل والمسمّى التّوضيح والحكم بالأقلّ إنّما هو إذا لم يمسكها، وأمّا إذا أمسكها فالمسمّى ذكره في الجواهر وفي الموّاق عن المدوّنة: من تزوّج أمةً أخبرته أنّها حرّةٌ، ثمّ علم بعد أن بنى بها أنّها أمةٌ أذن السيّد أن تستخلف رجلاً على إنكاحها فلها المسمّى إلاّ أن يزيد على صداق المثل فتردّ ما زاد ابن يونس: بيانه أنّ لها الأقلّ من المسمّى، أو صداق المثل وله أن يثبت على نكاحها ا هـ ولغيّة يتعلّق بألفيا وهو في محلّ المفعول الثّاني لألفيا بمعنى وجد ومسترقًا معطوف على محلّ لغيّةً

فصل في الإيلاء والظهار

ومن لوطءٍ بيمينٍ منعه لزوجةٍ فوق شهورٍ أربعه
فذلك المولي وتأجيلٌ وجب له إلى فيئته لما اجتنب

(ابن عرفة): الإيلاء حلف زوجٍ على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه. الرّصّاع: كذا قال الشّيخ، ، ثمّ اعترض على ابن الحاجب رسمه في قوله: الحلف بيمينٍ يتضمّن ترك وطء الزّوجة غير المرضع أكثر من أربعة أشهرٍ يلزم الحنث فيها حكمًا. فقوله: الحلف إلخ. الإيلاء في اللّغة هو اليمين مطلقًا وقيل هو الامتناع، ثمّ استعمل في امتناعٍ خاصٍ، وكأنّ الشّيخ ابن الحاجب فهم أنّ الإيلاء اللّغويّ استعمل شرعًا في بعض مدلوله بنقلٍ، أو تخصيصٍ. وقوله: يتضمّن أشار به إلى التّضمّن اللّغويّ الّذي يعمّ الدّلالات الثّلاث. وقوله: ترك وطء الزّوجة خرج به إذا حلف على غير ترك الوطء وزاد غير المرضع ليخرج به صورة الرّضاع فإنّه لم يرد ضررًا على قول مالكٍ وأكثر من أربعة أشهرٍ أخرج به ما إذا حلف على أربعة فما دونها. وقوله: يلزم الحنث فيها حكمًا أخرج به إن وطئتك فعليّ أن أمشي إلى السّوق، أو غير ذلك ممّا لا يلزم شرعًا ثمّ ذكر وجه بحث ابن عرفة مع ابن الحاجب وأطال في ذلك فراجعه إن شئت. ، ثمّ قال الرّصّاع في حدّ ابن عرفة المتقدّم: قوله يوجب خيارها في طلاقه أخرج به ما إذا حلف على ترك وطئها أربعة أشهرٍ فأقلّ فإنّه لا خيار لها في ذلك والله أعلم. ابن الحاجب: وشرط المولي أن يكون زوجًا مسلمًا مكلّفًا يتصوّر وقاعه وقال أصبغ: يصحّ إيلاء الخصيّ والمجبوب ويصحّ من الحرّ والعبد والصّحيح والمريض ا هـ وإلى حدّ الإيلاء وبعض أحكامه أشار النّاظم بالبيتين ويأتي الكلام على حدّ الظّهار إن شاء الله يعني أنّ من حلف على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهرٍ فهو مولٍ،

فصل في الإيلاء والظهار

(ومن لوطء بيمين منعه لزوجة فوق شهور أربعه)

البيتين. قوله: **(ابن عرفة إلخ)** انظر كلامنا في الشرح على ما يتعلق بهذه من وجوه شتى

وهذا إن كان حرًّا. وأمّا العبد فبأكثر من شهرين والحكم أنّه إذا وقع ذلك يؤجّل الزّوج كما يأتي فـإن فـاء أي رجع لما حلف على تركـه وهو الوطء (ووطئ داخـل الأجل) انحلّ عنه الإيلاء وكفّر عن يمينه إن كانت مما تكفّر، وإن انقضى الأجل ولم يفئ وقفه القاضي فإمّا فاء وإلاّ طلّق عليه. قـال المتيطيّ: وإذا آلى حرٌّ من امرأته أربعة أشـهرٍ فدون، أو عبـدٌ شهرين فدون، فلا حكم له، فـإن زاد إيلاء الحرّ أو العبد على ما ذكـرناه، أو كان مبهمًـا لم يؤقّته بمدّة، أو قد مضى لـه نحو ذلك فالزّوجة مخـيّرةٌ بين الصّبر عليـه أو طلب الواجب لها في الفيـئة، أو الطّلاق، وهذا إذا لـم يمنع من الوطء مانعٌ ا هـ وفي المخـتصـر أكثر مـن أربعة أشهرٍ، (أو شهرين للعبد).

(وأجـل الإيـلاء) من يـوم الحـلـف وحـانـثٌ من يوم رفـعـه ائتنف

يعني أنّ في ابتداء ضـرب الأجل للمولي تفصيلاً وهو أنّه إن كـانت يمينه على برٍّ كلا وطئت فابتداء الأجل لـه من يوم الحلف. وإن كانت على حنث قال في التّوضـيح: كما لو قال: إن لم أدخل الدّار فـأنت طالقٌ فابتداؤه من يوم الرّفع والحكم التّوضـيح: وحاصله أنّ المولي حـقيـقـة أجله من يوم اليـمين، وأمّـا من ألحق به فأجـله من يوم الرّفع، وهذا هو المشهور، وقيل: إنّ أجله من يوم اليـمين كالأوّل ابن الحاجب: ويلحق بالمولي من منع منها لشكٍّ التّوضـيح: أي كلّ من كانت يمينه على حنث كـما لو قـال: إن لم أدخل الدّار فأنت طالقٌ. وقد تقـدّم هذا عند قوله في الطّلاق: وإن كان فيـما يمكن دعوى تحقيـقه إلخ هكذا كان شـيخنا يقرّر هذا المحلّ وهو الّذي يؤخـذ من كلامه في الجواهر، ومـثّل ابن راشد من منع منها الشك بما إذا قـال لامرأتيه: «إحـداكما طالقٌ وقـال: نويت واحدةً معـيّنةً ونسيت عينهـا فإنّه يوقف رجـاء أن يتذكّر فلو طال وقـامتـا عليه فكالمولي.، ثمّ قـال ابن الحاجب عاطفًا على الملحق بالمولي: ومن امـتنع من الوطء لغير علّة وعرف منه حاضـرًا، أو مسافرًا التّوضيح: أي عرف منه أنّه يمتنع لعلّةٍ، ثمّ قال: وما ذكرهُ المصنّف مرويٌّ عن مالكٍ (لكنّه

وفيه طول فـلذلك تركنا النقل هنا. قوله: **(ووطيء داخل الأجل)** أي وكذلك بعيـده حتى يوقف عند تمام الأجل. قول: **(أو شهرين للعبد)** أي أكثر من شهرين كما هو معلوم إذ أكثر من شهرين هو الراجح.

قوله: **(وأجل الإيلاء)** إلى آخر البـيت. وحاصل ما ذكـره الناس في هذا الأجل من حيث مبدؤه أن كل من حلف على ترك الوطء صـراحة أكثر من أربعة أشهر أو أطلق كـذا مع الاحتمال على المذهب فالأجل من يمينه، ومن حلف لحـنث فأجله من الرفع والحكم، والمراد أن الأجل من يوم الحكم بعد ثبـوت ما يترتب عليـه الحكم، هذا الذي حصلناه من كلام النـاس بعد تتبعـه غاية فافهمه الاحـتمال كقوله: والله لا أطؤك حتى يموت زيد مثـلاً أو يقدم، من أراد أن يحيط بالمسألة وبعلة ما ذكر فلينظر كلام الفحول في الشـرح عند قول المختصر: والأجل من اليمين إلخ. قوله:

خلافٌ على المشهور) فإنّ المشهور وهو مذهب المدوّنة أنّ لها أن تقوم بالفراق فإذا تبيّن ضرره طلقت عليه من غير ضرب أجلٍ، ثمّ قال ابن الحاجب عاطفًا على ما ذكر: ومن احتملت مدّة يمينه أقلّ التّوضيح: كما لو قال: «واللّه لا وطئتك حتّى يموت زيدٌ ونحو ذلك، قاله في المدوّنة ابن الحاجب إلاّ أنّ أجلهم من يوم الرّفع والأوّل من يوم الحلف التّوضيح: الضّمير من أجلهم عائدٌ على من ألحق بالمولي. وقوله: والأوّل من يوم الحلف أي من حلف على ترك الوطء. وعلى ما قال ابن الحاجب بإسقاط من امتنع من الوطء لغير علّة لكونه يطلّق عليه بلا ضرب أجلٍ، وعلى المشهور ذهب الشّيخ خليلٌ حيث قال: والأجل من اليمين إن كانت يمينه صريحةً في ترك الوطء لا إن احتملت مدّةً يمينه أقلّ، أو حلف على حنثٍ فمن الرّفع والحكم.

ويقع الطّلاق حيث لا يفي ... إلاّ على ذي العذر في التّخلّف

يعني أنّه إذا انقضى أجل المولي ولم يفئ أي لم يطأ فإنّ الطّلاق يقع عليه إلاّ إذا كان له عذرٌ كالمريض والمسجون والغائب فلا تطلق بنفس انقضاء الأجل بل يمهل حتّى يمكنه ذلك، فإن أمكنه ولم يفعل طلقت عليه ابن الحاجب: وللزّوجة المطالبة إذا مضت أربعة أشهر فيأمر الحاكم بالفيئة أو الطّلاق، فإن أبى طلّق عليه التّوضيح إذا وقف المولي فله حالتان الأولى: أن يقول: لا أطأ والحكم فيها أن يطلّق عليه من غير تلوّمٍ. والثّانية: أن يقول: أطأ فهذا يتلوّم له فيها ويختبر مرّةً فإن تبيّن كذبه طلّق عليه. والفيئة تغيّب الحشفة في القبل في الثّيب وافتضاض البكر طائعًا عاقلاً قاله ابن الحاجب ثمّ قال ابن الحاجب: (وإن كان مريضًا) أو محبوسًا أو غائبًا فتكفّر اليمين على المشهور إن كانت ممّا تكفّر قبل الحنث كاليمين باللّه أو تعجيل الحنث كعتق العبد أو إبانة الزّوجة المحلوف بهما، فإن أبوا طلّق عليهم، وإن كانت ممّا لا تكفّر قبله كصومٍ لم يأت أو يمينٍ لا ينفع فيه تعجيل الطّلاق كطلاق فيه رجعةٌ فيها أو في غيرها فالفيئة الوعد. ويبعث إلى الغائب ولو على شهرين مسيرةً وقال سحنونٌ: الأكثر أنّ الوعد كافٍ إلى أن يمكنهم الوطء، فإن لم يطئوا طلّق عليهم اهـ انظر التّوضيح.

وعادمٌ للوطء للنّساء ... ليس له كالشّيخ من إيلاء

(لكنه خلاف المشهور إلخ) المشهور هو الذي به العمل كما في أنقال ابن عرفة وما نسبه للمدونة هو في إيلائها.

قوله: **(وإن كان مريضًا إلخ)** لم يذكر الحيض في هذه الأمور وذلك صحيح، إذ التفصيل المذكور لا يكون في الحيض لأن الحائض الفيئة فيها هو الوعد مطلقًا والحيض زواله قريب، وبيّنا ذلك في الشرح، ومن أدخل الحيض في هذا كالسنهوري ومن تبعه لم يصب، قف على بيان ذلك إن شئت.

يعني أنّ العاجز عن الوطء كالشّيخ العاجز عن الجماع لا إيلاء له، ودخل تحت الكاف الخصيّ والمجبوب ومن قطع ذكره قال في المقرّب: قلت له: أرأيت الشّيخ الكبير الّذي لا يقدر على الجماع إذا آلى من امرأته أيوقف بعد الأربعة أشهر؟ قال: لا، وإنّما الإيلاء على من يستطيع الفيئة بالجماع وكذلك الخصيّ الّذي لا يطأ ومثلهما الّذي يولي من امرأته ثمّ يقطع ذكره فليس على واحد منهم توقيف ا هـ وفي ابن الحاجب في عدّ شروط المولي أن يكون يتصوّر وقاعه وقال أصبغ يصحّ إيلاء الخصيّ والمجبوب (التّوضيح: لأنّ للزّوجة منفعةً) فيما آلى عنه من المضاجعة والمباشرة ولذلك تزوّجته، فإذا قطع عنها ذلك وجب أن توقّفه. قال: وأمّا إذا أقعده الكبر إلاّ أن يكون فيه تحرّكٌ فيقطعه عنها ا هـ.

وأجل المولي شهورٌ أربعه	واشترك التّارك للوطء معه
في ذاك حيث التّرك قصدٌ للضّرر	من بعد زجر حاكمٍ وما ازدجر
بعد تلوّمٍ وفي الظّهار	لمن أبى التّكفير ذاك جار
وأجل المظاهر المأثور	من يوم رفعه هو المشهور
من بعد أن يؤمر بالتّكفير	وهي على التّرتيب لا التّخيير

اشتملت الأبيات على خمس مسائل: الأولى: أنّ من حلف على ترك وطء أكثر من أربعة أشهرٍ وهو المسمّى بالمولي فإنّه يضرب له أجل أربعة أشهرٍ لقوله تعالى: **﴿للّذين يؤلون من نسائهم تربّص أربعة أشهر﴾** [البقرة:٢٢٦] الآية فهذا تفسيرٌ لقوله: «وتأجيلٌ وجب له إلى فيئته لما اجتنب «وهذّا للحرّ، أمّا للعبد فأجل إيلائه شهران كما يأتي للمؤلّف. الثّانية: من امتنع من الوطء من غير يمينٍ بل لقصد الضّرر بالزّوجة فترفع أمرها إلى السّلطان فيزجره عن فعله فإذا لم ينزجر تلوّم له ثمّ ضرب له أجل المولي وإلى هذا أشار بقوله: «واشترك التّارك للوطء معه أي مع المولي في ذلك هو التّأجيل أربعة أشهرٍ وإلى هذا أشار ابن الحاجب بقوله: ويلحق بالمولي من منع منها الشّكّ ومن امتنع من الوطء لغير علّة إلخ فذهب النّاظم على هذا القول وأنّه يلحق بالمولي ويضرب له الأجل ولكن بعد التّلوّم وقد تقدم أن هذا خلاف المشهور وأن المشهور هو يذهب المدونة وأنها تطلق عليه بعد

قوله: **(التوضيح: لأن للزوجة منفعة إلخ)** هذا فيه نظر لأن الإيلاء هو الحلف على ترك الوطء كما في عبارة ابن عرفة في الرسم وخليل وغيرهما، وهذا لا يتصور منه الوطء فكيف يكون موليًا؟ وإنما يقال في هذا يطلق عليه بالضرر، وليس الطلاق محصوراً في الإيلاء فافهم. نعم إن كان أصبغ يقول بخلاف ما ذكر في الإيلاء من أنه هو الحلف على ترك الوطء فيقرب ولكن لا أظنه يصحّ والعلم عند الله تعالى.

التلوم من غير ضرب. قال في المدوّنة: قال مالكٌ: ومن ترك وطء زوجته من غير عذر ولا إيلاء لم يترك إمّا وطئ أو طلّق يريد (ويتلوّم له) بمقدار أجل الإيلاء أو أكثر ا هـ. الثّالثة: المظاهر من زوجته إذا امتنع من التّكفير فإنّه يدخل عليه الإيلاء وتطلق عليه بعد أجله وذلك أربعة أشهرٍ للحرّ وشهران للعبد، وإلى هذا أشار بقوله: وفي الظّهار لمن أبى التّكفير ذاك جار والإشارة بذاك للتّأجيل ومن المقرّب: قلت: هل يدخل الإيلاء على الظّهار؟ قال: نعم إذا كان يقدر على الكفّارة فلم يكفّر ومضت أربعة أشهرٍ أو أكثر وقف فإمّا أن يكفّر وإمّا طلقت عليه إذا طلبت زوجته ذلك لأنّه في ترك الكفّارة وهو يقدر عليها مضارٌّ بها وهو قول مالك. الرّابعة: اختلف في ابتداء أجل الإيلاء للمظاهر هل هو من يوم رفعها للحاكم؟ وهو لمالك وهو المشهور على ما قال النّاظم، أو من يوم اليمين وهو في الموّازيّة وعليه اختصر البرادعيّ وغيره المدوّنة: وفي المسألة قولٌ ثالثٌ أنّ الأجل من يوم تبيّن ضرره وقيل وهو مذهب المدوّنة، وقد حكى هذه الثّلاثة صاحب المختصر (حيث قال: وهل المظاهر) إن قدر على التّكفير وامتنع كالأوّل وعليه اختصرت أو كالثّاني وهو الأرجح أو من تبيّن الضّرر وعليه تئوّلت أقوالٌ. الخامسة: أنّ كفّارة الظّهار على التّرتيب لا على التّخيير لقوله تعالى. **﴿والّذين يظاهرون من نسائهم ثمّ يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسّا﴾** [المجادلة:٣] الآية التّوضيح: لا خلاف في ترتيبها وأنّ العتق أوّلاً ثمّ الصّيام ثمّ الإطعام فقوله: في ذاك أي التّأجيل ومن بعد زجر حاكمٍ وبعد تلوّم يتعلّقان بمحذوف حال من قوله ذاك أي يشترك التّارك للوطء مع المولي في التّأجيل كائنًا أو حالة كونه أي التّأجيل بعد شيئين بعد زجر حاكمٍ وبعد تلوّمٍ.

كذاك أيضًا ما له ظهار   من لا على الوطء له اقتدار

قوله: كذاك البيت هو راجعٌ لقوله: وعادمٌ للوطء للنّساء البيت يعني كما أنّ الشّيخ ومن يشبهه ممّن لا قدرة له على الوطء لا يدخل عليه الإيلاء فكذلك الظّهار لا يصحّ منه. وهو قول سحنون وقيل: يصحّ. وبه صدر ابن الحاجب فقال: ويصحّ ظهار العاجز عن الوطء لمانعٍ فيه أو فيها كالمجبوب والرّتقاء. وقال سحنونٌ لا يصحّ ا هـ (فكأنّ النّاظم ذهب

قوله: **(ويتلوم له إلخ)** وقول المختصر بلا أجل أي أجل الإيلاء بخصوصه وهو أربعة أشهر هذا الذي نفاه لا مطلق الأجل. قوله: **(حيث قال وهل المظاهر إلخ)** الظاهر أن الأجل في هذا من يوم الرفع والحكم جريًا على المشهور كما قاله ابن يونس لأنه لم يحلف هل ترك الوطء صراحة أكثر من أربعة أشهر؟ وعليه فيكون قول المختصر إن كانت يمينه إلخ تدخلا لهذه الصورة وإن أتبع ذلك بذكر الخلاف، والدليل على عدم الصراحة في هذا اختلاف الناس في مبدأ الأجل فافهم.

قوله: **(فكأن الناظم ذهب على قول سحنون إلخ)** هذا قال فيه صاحب المختصر وصحّ أي

على قول سحنونٍ) والله أعلم.

وإن يكن مظاهرٌ أو مولي عبداً يؤجّل نصف ذا التّأجيل

ثمّ الطّلاق في انقضاء الأجل بعد تقضّي الموجبات الأول

يعني إذا كان المظاهر الّذي امتنع من التّكفير ودخل عليه الإيلاء عبداً أو كان المولي من أوّل وهلة عبداً فإنّ كلّ واحد منهما يؤجّل نصف هذا التّأجيل الّذي تقدّم في قوله: وأجل المولي شهورٌ أربعه ونصفه هو شهران فإذا انقضت الشّهران ولم يفئ طلقت عليه لكن بعد ثبوت الزّوجيّة والظّهار والامتناع من التّكفير والإيلاء والإباية من الفيئة وإلى ثبوت هذه الأشياء أشار بقوله: بعد تقضّي الموجبات الأول فالبيت الأوّل من هذين نظير قوله في تأجيل الحرّ: وأجل المولي شهورٌ أربعه. والثّاني نظير قوله في التّطليق على الحرّ بعد الأجل: ويقع الطّلاق حيث لا يفي البيت. وقوله هنا: في انقضاء الأجل في: بمعنى مع، فهي للمصاحبة نحو ادخلوا في أممٍ أي معهم. فرعٌ: إن كان أحد الزّوجين رقيقًا فإن كان الزّوج حرّاً ضرب له أربعة أشهرٍ وإن كانت الزّوجة أمةً، وإن كان الزّوج عبداً فشهران وإن كانت الزّوجة حرّةً؛ لأنّ هذا من باب الطّلاق وهو معتبرٌ بالرّجال بخلاف العدّة فإنّها معتبرةٌ بالنّساء.

ويملك الرّجعة فيما أصدرا من فاء في العدّة أو من كفّرا

يعني أنّ المولي إذا طلّق عليه بعد انقضاء الأجل وامتناعه من الفيئة ثمّ راجع الزّوجة في عدّة الطّلاق المذكور وفاءً أي وطئ في العدّة أيضًا فإنّ رجعته تصحّ وتتمّ. وبالتّمام عبّر ابن الحاجب والشّيخ خليلٌ وكذلك المظاهر إذا امتنع من التّكفير مع القدرة عليه ودخل الإيلاء فطلّق عليه ثمّ راجع الزّوجة في العدّة وكفّر عن ظهاره كفّارة الظّهار المعلومة وذلك في العدّة أيضًا فإنّ رجعته تتمّ عليه أيضًا. وكذلك المولي إذا كانت يمينه ممّا تكفّر قبل الحنث كاليمين بالله مثلاً ثمّ طلّق عليه ثمّ كفّر عن يمينه في العدّة وراجع فإنّ رجعته تتمّ وسواءٌ والله أعلم راجع كلٌّ منهما ثمّ كفّر أو كفّر ثمّ راجع بخلاف الفيئة إنّما تكون بعد المراجعة لأنّها مطلّقةٌ لا يجوز الاستمتاع بها بغير الوطء إلاّ بعد المراجعة فضلاً عن الوطء، لكنّ

الظهار من رجعية ثم قال ورتقاء، ثم قال: وفي صحته من كمجبوب تأويلان، فجزم بأن الرتقاء يصحّ منها الظهار، ونقل في المجبوب تأويلين والراجع من ذلك في المجبوب وهو صحة ظهاره وبيّنا ذلك في الشرح، ويدل له من كلام المختصر: وحرم قبلها الاستمتاع أي الكفارة، وكان من حق هذا الشارح التنبيه على هذا، فما في النظم مرجوح ومقابله هو الراجح ص: وإن يكن مظاهر أو مولي عبداً.إلى آخر البيتين. انظر مسألة العبد عند قول المتن كالعبد لا يريد الفيئة يقف على التحقيق إن شاء الله تعالى، وإنما لم أنقل ذلك هنا لأن هذا الشارح لم يتنازل له هنا.

رجعتــه متوقّفةٌ على الفــيئة إن فاء صحّت رجــعته وإلاّ فلا، فقــوله: من فاء من العدّة هو خاصٌّ بالمولي إذا كانت يمينه بطلاق ونحوه، . وقوله: أو من كفّرا يصحّ رجوعه للمولي إذا كانت يمينه بالله وللمظاهر، والله أعلم.

فائدةٌ: قال فــي التّوضــيح: اعلم (أنّ كلّ طلاق) يوقعــه الحاكم فــإنّه بائنٌ إلاّ طلاقين طلاق المولي وطلاق المعسـر بالنّفقة، (ثــمّ الرّجعة في المولي) مــشترطةٌ بانحــلال اليمين في العدّة لأنّها إنّمــا طلقت عليه للضّرر اللاحق لها بتــرك الجماع بسبب اليــمين فلو عادت إليه بدون الانحلال لبقي ذلك الضّرر على حاله. ا هـ ولأجل اشــتراط انحلال اليمين في صحّة الرّجعة قال المؤلّف: مــن فاء في العدّة أو من كفّرا وإنّما يكون طلاق المولي رجــعيًّا إذا كان بعد البناء، أمّــا إن كان قبله فبــائنٌ صرّح به غيــر واحدٍ منهم ابن الحاجب حيث قــال آخر الإيلاء: ولا رجعة في غير المدخول بها ا هـ.

فصل في اللعان

(ابن عرفة: اللّعان) حلف الزّوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولهــا حدّها بحكم قاضٍ الرّصّــاع وقوله: أو نفي حملهــا يصدق بنفي الحمل والولد لأنّ من نفى حــملاً فقد نفى الولد وكذلك العــكس، وقوله: اللازم له أخرج به الحمل غير اللازم له فإنّه لا لعان فيه كــما إذا أتت به لأقلّ من ستّة أشهرٍ من يوم العقد، وكذلك إذا كان الزّوج خصــيًّا أو مجبوبًا أو غير ذلك، ويدخل ما إذا وضــعته وسكت فإنّه لازمٌ له. وقــوله: وحلفهــا على تكذيبــه إن أوجب نكولهــا حــدّها أخرج به مــا إذا حلف ونكلت ولم يوجب النّكول حــدّها كما إذا غــصبت فــأنكر ولدها وثبت الغصب فــلا لعان عليها وإنّما اللّعان عليه وحده، وهذه الصّــورة تردّ على ابن الحاجب لأنّه صيّر اللّعان يلزمه يمينان، وزيادة الشّيخ تــخرج هذه الصّورة وأنّ حلفــهما مــعًا مشروطٌ بكــون نكولها يوجب حدّها، وقوله: بحكم قــاضٍ أخرج به لعان الزّوجة والزّوج من غيــر حكمٍ فإنّه ليس بلعانٍ شرعيٍّ ويخرج به السّكوت على وضع الولد فلا يردّ على الشّــيخ حلفهما مرّةً واحدةً راجعَ ابن عرفــة لأنّ القاضي لا يحكم بــذلك فليس بلعانٍ شــرعيٍّ ا هـ. ومعنى قــول الرّصّاع:

قوله: **(أن كل طلاق إلخ)** هذا هو قول المختــصر وطلاق حكم به إلاّ الإيلاء أو عسـر بنفقة في فصل الخلع. قوله: **(ثم الرجعة في المولي إلخ)** هذا هو قول المختصـر وتتم رجعته إن انحلّ وإلاّ ألغيت، وقد كتبنا عليه كلامًا حقيقًا بالاطلاع فلينظره من أراده.

فصل في اللعان

قوله: **(ابن عرفة: اللعان إلخ)** تتبع مسائل هذا الرسم يطول فانظره في الشرح إن شئت فإن

ويخرج به السّكوت إلخ أنّ من وضعت زوجته وسكت ولم ينفه ثمّ أراد نفيه باللّعان فإنّه لا يلاعن. وتخرج هذه الصّورة من قوله في الحدّ: بحكم قاضٍ لأنّ القاضي لا يحكم باللّعان بعد السّكوت على الوضع، وكذا قوله في الحدّ: حلف الزّوج وحلف الزّوجة يصدّق بما إذا حلف على ما ذكر يمينًا واحدةً وحلفت هي على تكذيبه يمينًا واحدةً أيضًا فأخرج ذلك بقوله: بحكم قاضٍ لأنّه لا يحكم باللّعان إلاّ على الوجه المشروع فيه والله أعلم.

وإنّما للزّوج أن يلتعنا لنفي حملٍ أو لرؤية الزّنا

مع ادّعائه للاستبراء وحيضةٍ بيّنة الإجزاء

يعني أنّ الزّوج إنّما يلاعن زوجته لأحد وجهين: إمّا لنفي حملٍ يظهر بها فينكره ويدّعي أنّه ليس منه، وإمّا لكونه رآها تزني كالمرود في المكحلة، وإنّما يلاعن لنفي حملٍ ظهر بها إذا اعتمد على استبرائها بحيضة فأكثر يعني أو بغير ذلك كما سيأتي، ويكفي في هذا الاستبراء حيضةٌ واحدةٌ، وفهم من قوله: وإنّما للزّوج أن يلتعنا أنّ السيّد لا يلاعن أمته وهو كذلك (ويشترط في الملاعن شروطٌ) ابن الحاجب: وشرط الملاعن أن يكون زوجًا مسلمًا مكلّفًا فيلاعن الحرّ الحرّة والأمة والكتابيّة وكذلك العبد فيهنّ ا هـ. وما ذكره من أنّه يعتمد في نفي الحمل على الاستبراء هو المشهور قاله عياضٌ وقيل لا يعتمد على ذلك، وكذلك اختلف (هل يعتمد في نفي الحمل) على الرّؤية وحدها ثمّ يظهر حملٌ أم لا؟ وكذلك اختلف هل يعتمد عليهما معًا أعني الاستبراء والرّؤية كما إذا استبرأها من وطئه ثمّ رآها بعد ذلك تزني ثمّ ظهر حملٌ والمشهور اعتماده على الاستبراء وحده كما ذكر المؤلّف وأحرى مع الرّؤية وأمّا الرّؤية وحدها فلا يعتمد عليها في نفي الحمل (على المشهور). التّوضيح: والأظهر أنّه لا يعتمد على أحدهما بل ولا عليهما لأنّه إذا كانت الحامل تحيض يصحّ له النّفي. والقول باعتماده على الرّؤية أضعف لأن الحيض علامةٌ ظنّيّةٌ على براءة الرّحم بخلاف رؤيته فإنّه لا يدلّ على نفي الحمل البتّة ا هـ وقال قبله يليه يعتمد في نفي

فيه كلامًا طويلاً. ص: وإنما للزوج أن يلتعنا. إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: **(ويشترط في الملاعن إلخ)** أي والسيد لا يلاعن حرًا كان أو عبدًا، كانت أمته أم ولد أم لا كما في الكافي.

قوله: **(هل يعتمد في نفي الحمل)** أطال الناس الكلام في هذا، ولكن قال ابن رشد في بيانه بعد كلام في اللعان ما نصّه: وتحصيل هذه المسألة أن اللعان على ستة أوجه: ثلاثة منها متفق عليها وثلاثة مختلف فيها، فالمتفق عليها أن ينفي حملاً لم يكن مقرًا به ويدعي الاستبراء، وأن يدعي رؤية لا مسيس بعدها في غير ظاهرة الحمل، وأن ينكر الوطء فيقول ما وطئتها قط، أو منذ وضعت، أو منذ مدة، ممّا لا تلحق بمثله الإنسان، والمختلف فيها أن يقذف زوجته ولا يدعي رؤية، وأن يدعي رؤية لا مسيس بعدها في حامل بينة الحمل إلخ، وهذا منه بلفظه، وما مرَّ عليه صاحب المختصر في هذا معروف في كتابه وشروحه فلا نطيل به. قوله: **(على المشهور إلخ)**

الولد أو الحمل على ثلاثة أشياء واختلف في رابعٍ ومعنى اعتماده أنّه يجوز له في الشّرع أن ينفي الولد بذلك، الأوّل: إذا لم يطأها بعد وضعٍ يعني وقد طال ما بين الوضعين بحيث لا يكون الولد الثّاني من بقيّة الأوّل، الثّاني: أن يكون وطئها بعد الوضع ولكن بين هذا الحمل والإصابة مدّةٌ لا يتأتّى فيها ولدٌ إمّا لقلّة الزّمان كخمسة أشهرٍ ونحوها وإمّا لكثرته كخمس سنين فأكثر، الثّالث: إذا استبرأها من وطئه ثمّ رآها بعد ذلك تزني فيعتمد على ذلك على المشهور وحكى ابن شاسٍ وغيره عن السّيوريّ أنّه ليس له نفيه بهما قال. وحكى الدّاوديّ عن المغيرة مثله، ثمّ ذكر ما تقدّم من الخلاف في الاعتماد على أحدهما فقط أي الاستبراء والرّؤية وهو الوجه الرّابع وما ذكره المؤلّف من الاكتفاء في الاستبراء بحيضةٍ هو المشهور ابن الحاجب: والاستبراء بحيضةٍ وقيل بثلاث التّوضيح: صرّح الباجيّ وجماعةٌ بمشهوريّة الأوّل، والقول بالثّلاث للمغيرة روي أيضًا عن مالك وقال ابن الماجشون إن كانت أمةً فحيضةٌ وإن كانت حرّةً فثلاثٌ. (ثمّ قال: فائدة) ليس عندنا حرّةٌ تستبرأ بحيضة إلاّ هنا وليس لنا أمةٌ تستبرأ بثلاث إلاّ على قول المغيرة هنا وفيمن ادّعى سيّدها وطأها فأتت بولد فنفاه وادّعى أنّه كان استبرأها ا هـ. قوله: ليس عندنا حرّةٌ تستبرأ بحيضة إلاّ هنا قيل إنّ هذه غفلةٌ لأنّ المرأة إذا ارتدّت أو زنت ولها زوجٌ فلا تقتل ولا تحدّ إلاّ بعد حيضةٍ خوف كونها حاملاً. وفي ذلك يقول بعض شيوخنا:

تستبرأ الحرّة مثل الأمة لدى اللّعان والزّنا والرّدّة

قال النّاظم رحمه الله:

ويسجن القاذف حتّى يلتعن وإن أبى فالحدّ حكمٌ يقترن

يعني أنّ من قذف زوجته فرماها بزنًا أو نفى حملها فإنّه يلاعن، (فإن امتنع من اللّعان سجن) حتّى يلتعن، فإن أبى فعليه حدّ القذف ففي طرر ابن عات: قال الباجيّ - رحمه

صحيح وأن الحيضة الواحدة كافية في هذا الباب كانت الزوجة حرة أو أمة وهذا عند عدم الرؤية، وأما مع الرؤية فلا إشكال، وتقييد الشارح للمختصر بزيادة الرؤية لا ينبغي له ذلك بل المشهور غير مقيد وإن استغرب ابن عبد السلام عدم كفاية الحيضة بلا رؤية، نعم الخلاف في المسألة قوي، ولكن الأقوى والذي عليه الجمهور هو كفايتها وحدها وبيّنا هذا في الشرح غاية، والجواب عمّا أوردوه من أن الحامل تحيض ذكرناه فيه أيضًا فقف عليه إن شئت.

قوله: **(ثم قال فائدة إلخ)** الاعتراض هنا من هذا الشارح ظاهر بدليل قول صاحب الفائدة في مختصره في الزنا وتؤخر المتزوجة لحيضة وفي الردة أعاذنا الله منها واستبرئت بحيضة، ولعل صاحب الفائدة أراد من لم يرد قتلها هاتان تقتلان، ولكن انظر ذلك عند كلامنا على المسألتين في بابهما.

الله -: يجب على الزّوج إذا نفى ولده أو ادّعى رؤيةً أن يسجن حتّى يلتعن. وفي المقرّب: قلت له: فإن أبى أحد الزّوجين أن يلتعن فقال: إن كان الرّجل أقيم عليه حدّ القذف وإن كانت المرأة أقيم عليها حدّ الزّنا وهو قول مالك.

وما بحملٍ بثبوته يقع وقد أتى لمالكٍ حتّى تضع

يعني أنّ اللّعان إذا كان لنفي الحمل فإنّهما يتلاعنان إذا ثبت الحمل إذ ذاك. وقيل: يؤخّر لعانهما حتّى تضع خوف أن ينفشّ الحمل بعد اللّعان قال في المتيطيّة: وله أن يلاعن وهي حاملٌ (وقد قيل: إنّه ليس له أن يلاعنها حتّى تضع). وروي ذلك عن مالكٍ وهو قول ابن الماجشون وأبي حنيفة ويردّه الأثر أنّ رسول الله ﷺ: «لاعن بين العجلانيّ وزوجته وهي حاملٌ»(٧٤) قال الشّارح: هذا القول الأوّل أسعد بالأثر وهذا القول الثّاني أرجح في النّظر إلاّ أن يقال إنّه مبنيٌّ على صورةٍ نادرةٍ والصّورة النّادرة لا تراعى في الأحكام. ا هـ

قوله: **(فإن امتنع من اللعان سجن إلخ)** تأمله مع نقله هل يشهد لتقريره أم لا؟ والذي في ابن عرفة ما نصّه المتيطي إذا ثبتت مقالتهما وزوجتهما سجنه الإمام الباجي اختلف في سجنه فسألت أبا عمر بن عبد الملك فقال يسجن لقول مالك فيهما إنه قاذف فيوعظ الزوج أولاً فإن لم يرجع ففيها يبدأ فيشهد أربع شهادات إلخ، وهذا منه بلفظه، وضمير فيهما عائد على المرمي بالزنا ونفي الحمل كما يفهم من كلام غيره ونقله، والذي يظهر في هذا هو كلام المقرب، ولذلك صاحب المختصر لم يعرج على السجن أصلاً، وابن الناظم لما نقل ما قاله الباجي قال بعده فتأمل ذلك، والحق في المسألة هو التفصيل، وذلك إذا خيف من هروب الزوج فالسجن وإلاّ فلا والعلم عند الله تعالى.

قوله: **(وقد قيل إنه ليس له أن يلاعنها حتى تضع إلخ)** الذي مرَّ عليه في المختصر هو تعجيل اللعان قبل الوضع حيث قال بلعان فعجل، وهذا هو الذي يظهر ترجيحه من النظم هنا ومن كلام غيره ممّن تكلم على المسألة، وهذا التعجيل ليس واجبًا على الزوج كما ذكره اللخمي، وهذا أيضًا ما لم تكن حائضًا لقول المختصر في فصل طلاق السنة كاللعان مشبهًا بما لا يعجل، بخلاف المرض فإنه لا يتأخر معه اللعان كما في التوضيح عن الباجي، ويرسل الإمام للمريض منها عدولاً ويسقط التغليظ بالمكان لأن المرض ليس له حد يعلم. ص: ويبدأ الزوج بالالتعان. إلى آخر الأبيات الستة.

---

(٧٤) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٤٢٣، ٤٧٤٥، ٤٧٤٦، ٥٢٥٩، ٥٣٠٨، ٥٣٠٩، ٦٨٥٤، ٧١٦٥، ٧١٦٦، ٧٣٠٤)، ومسلم (١٤٩٢)، وأبو داود (٢٢٤٥، ٢٢٤٧، ٢٢٤٨، ٢٢٤٩)، والنسائي (٣٤٦٦)، وابن ماجه (٢٠٦٦)، وأحمد في المسند (٥/٣٣٦، ٣٣٧)، وعبد الرزاق في المصنف (١٢٤٤٥، ١٢٤٤٦، ١٢٤٤٧)، والدارمي في سننه (٢٢٢٩)، والطبراني في الكبير (٥٦٧٤، ٥٦٧٨، ٥٦٧٩، ٥٦٨٠، ٥٦٨١، ٥٦٨٢، ٥٦٨٤، ٥٦٨٥، ٥٦٨٧، ٥٦٨٨، ٥٦٨٩)، وابن حبان في صحيحه (٤٢٨٤، ٤٢٨٥)، والبيهقي في السنن الكبري (٧/٣٣٩، ٤٠٠، ٤٠١)، والبغوي في شرح السنة (٢٣٦٦، ٢٣٦٧).

ابن الحاجب: ومنعه عبد الملك في الحمل لجواز انفشاشه وردّ بأنّ العجلانيّ وغيره لاعن في الحمل لظهوره كإيجاب النّفقة والردّ بالعيب التّوضيح: أي كما يقضي للمطلّقة بنفقة الحمل إذا ظهر حملها وكما يجب الردّ للمشتري إذا اشترى جاريةً وظهر حملها ولا يؤخّر فيهما إلى الوضع، ومنع عبد الملك اللّعان قبل الوضع خشية أن ينفشّ ورواه عن مالك والفرق على قوله بين اللّعان وما ذكره أنّ اللّعان تترتّب عليه أمورٌ عظامٌ من فسخ النّكاح والحرمة على التّأبيد ووجوب الحدّ ا هـ.

ويبدأ الزّوج بالالتعان لدفع أربع من الأيمان
إثباتًا أو نفيًا على ما وجبا مخمّسًا بلعنةٍ إن كذبا
وتحلف الزّوجة بعد أربعا لتدرأ الحدّ بنفي ما ادّعى
تخميسها بغضبٍ إن صدقا ثمّ إذا تمّ اللّعان افترقا
ويسقط الحدّ وينتفي الولد ويحرم العود إلى طول الأمد
والفسخ من بعد اللّعان ماض دون طلاقٍ وبحكم القاضي

تعرّض في هذه الأبيات لصفة اللّعان فأخبر أنّ الزّوج هو الّذي يبدأ باللّعان قاله ابن الحاجب: وصفته أن يقول أربع مرّات: أشهد باللّه. ثمّ قال: (فلو بدأت المرأة باللّعان) فقال ابن القاسم لا يعاد. وقال أشهب يعاد التّوضيح: لا خلاف أنّ الرّجل يبدأ باللّعان وهو

قوله: **(فلو بدأت المرأة إلخ)** مذهب ابن القاسم في عدم الإعادة لم أقف على من رجحه، وقول أشهب بالإعادة اختاره اللخمي وابن الكاتب، وقال في المدونة هو المذهب، وابن عبد السلام قال هو الصحيح، وهذا يدل على أن تقديم الزوج واجب كما يشعر به القرآن، وقول ابن القاسم يدل على أن الترتيب المذكور ليس بواجب، وابنَ ناجي قال في قول أشهب اختاره اللخمي وغيره، وبه تعلم ما في قول الشامل، فلو بدأت المرأة به لم يعد واختير خلافه، والمصنف أعني خليلاً قال: وفي إعادتها خلاف أي قولان مشهوران، ولم يظهر لنا من شهر قول ابن القاسم الذي يقول بعدم الإعادة، وفي المفيد ما نصّه: ومن الكافي وإذا التعنت الزوجة قبل الزوج ثم التعن الزوج ثم فرّق الإمام بينهما لم تقع الفرقة حتى تعود المرأة فتلتعن بعد الرجل، ولو فرّق الإمام بينهما بعد التعان الزوج وقبل أن تلتعن لم تقع بذلك فرقة لأن اللعان لم يتم اهـ. بلفظه. وفي هذا تقوية لقول أشهب أيضًا. والظاهر من كلامهم أن على الإعادة لا يتأبد التحريم إلاَّ بالتعانها ثانيًا، وعلى ضده يتأبد التحريم بالتعان الزوج، وإن كان في البيان لابن رشد التأبيد بالتعان الزوج بعد الزوجة، نعم في تعاليق أبي عمران ما نصّه ابن القاسم إن جهل الإمام فبدأ بالمرأة في اللعان ثم ماتت إن لم تعد فلا يعاد ويجزئ ويلتعن الزوج إلاَّ أن يشاء أن ينكل فيرث ويحد هذا لفظه،

الّذي دلّت عليه الآية ووقع في حديث عويمر، ثمّ قال: وجعل في البيان منشأ الخلاف هل تقديم الرّجل واجبٌ أم لا؟. ا هـ وقوله: لدفع حدٍّ أشار به إلى بعض ما يترتّب على اللّعان وهو سقوط حدّ القذف عن الرّجل إن كانت الزّوجة حرّةً مسلمةً، ودفع الأدب عنه إن كانت أمةً أو كتابيّةً قال في التّوضيح: اعلم أنّه يترتّب على اللّعان ستّة أحكامٍ: ثلاثة على لعانه وثلاثةٌ على لعانها، فالثّلاثة الأول: سقوط الحدّ عنه ووجوب حدّ الزّنا عليها وقطع النّسب، والثّلاثة الأخر: سقوط الحدّ عنها والفراق وتأبيد الحرمة، وقيل في الأخيرين إنّهما مرتّبان على لعانه. وقوله: أربع من الأيمان إثباتًا أو نفيًا على ما وجبا البيت هو بيانٌ لكيفيّة لعان الزّوج، فقوله أربعٍ من الأيمان كأنّه بدلٌ من الالتعان. ابن الحاجب وصفته أن يقول أربع مرّات: أشهد باللّه (وقال محمّدٌ: يزيد: الّذي لا إله إلاّ هو لرأيتها تزني. وقيل: ويصف كالشّهود)، وقيل: ويكفي لزنت. وفي نفي الحمل: لزنت، أو ما هذا الحمل منّي، ويقول في الخامسة: أنّ لعنة اللّه عليه إن كان من الكاذبين ا هـ. قال ابن فتحون في الوثائق المجموعة: يحلف الزّوج مستقبلاً القبلة قائمًا يقول: باللّه الّذي لا إله إلاّ هو لزنت فلانة هذه - فيشير إليها - وما هذا الحمل منّي أو ما حملها هذا منّي. وإن لم ينف حملاً قال: زنت فلانة هذه ولا يزيد على هذا. وقال قومٌ يقول: أشهد باللّه ثمّ يخمّس باللّعان ثمّ تخوّف المرأة باللّه فإن تمادت على اليمين حلفت أربع أيمانٍ على ما تقدّم لما زنيت وأنّ هذا الحمل منه وتخمسُ بالغضب، تقول: غضب اللّه عليها إن كان من الصّادقين، أو عليها غضب اللّه إن كان من الصّادقين. ا هـ وقوله إثباتًا أو نفيًا تقدّم أنّ الإثبات كقوله: لزنت، أو لرأيتها تزني. والنّفي كقوله: ما هذا الحمل منّي. قوله: وتحلف الزّوجة بعد أربعًا هذا بيانٌ لكيفيّة لعانها ابن الحاجب وتقول المرأة أربع مرّات: أشهد باللّه ما رآني أزني إن كان قال لرأيتها تزني أو ما زنيت، أو لقد كذب في الجميع. وفي نفي الحمل: ما زنيت، وإنّه لمنه. وفي الخامسة أنّ غضب اللّه عليها إن كان من الصّادقين. ويتعيّن لفظ الشّهادة واللّعن والغضب بعدها التّوضيح: يعني يتعيّن أن يقول كلّ واحدٍ منهما: أشهد ولا يجزئ أحلف

ولم يذكر قول أشهب أصلاً، والاقتصار على القول ترجيح له كما هو معلوم، وتقييد ابن رشد هنا المسألة هو في شروح المختصر والظاهر من كلامهم أنه لا يعتبر، انظر الشرح في هذا كله.

قوله: **(وقال محمد: يزيد: الذي لا إله إلاّ هو لرأيتها تزني وقيل ويصف كالشهود إلخ)** أما زيادة محمد فالمذهب هو الزيادة المذكورة انظره عند قول المتن: واليمين في كل حق بالله الذي لا إله إلاّ هو إلخ، ولا يلتفت لغير هذا باعتبار الترجيح، وقد غلط بعضهم في هذا ووقوع نزاع فيه بين الطلبة فانظر الحجة لذلك في المحل المذكور، ولا ينبغي لهذا الشارح صنعه الذي رأيته، وأما قوله وقيل يصف كالشهود أي يقول رأيتها تزني كالمرود في المكحلة وفي ذلك خلاف ولكن الراجح في ذلك محتمل، فإن كلام الناس في ذلك مضطرب، وربما تظهر أرجحية عدم ذكر الوصف وهو الذي يفهم من كلام الناس في صفة لرأيتها تزني، والحاصل الخلاف في المسألة

ولا: أقسم على المشهور، ويتعيّن اللّعن في حقّ الرّجل والغضب في حقّها وهكذا قال عبد الوهّاب في شرح الرّسالة: إنّ النّظر يقتضي أن لا يجـزئ إذا أبدل اللّعنة بالغضب في حقّها وبالعكس. ثمّ ذكر وجه اختصاص خامسَة الرّجل باللّعنة وخامسة المرأة بالغضب فانظره إن شئت. قوله: وتحلـف الزّوجة بعد أي بعد حلف الزّوج، وتقدّم كـون الزّوج هو الّذي يبدأ بالحلف. وقوله: لتـدرأ الحدّ أي لتدفع حدّ الزّنا عنهـا إن نكلت ولم تحلف، وتقدّم أنّ هذا ممّا يترتّب على لعـانها من الأحكام، وقوله: بنفي مـا ادّعى يجوز أن يتعلّق بتـحلف والباء للمجاورة بمعنى على، أي تحلف الزّوجة على نفي مـا ادّعاه الزّوج، ويجوز أن يتعلّق بتدرأ والباء سببـيّةٌ، وقوله: ثمّ إذا تمّ اللّعان افترقا ويسقط الحـدّ البيت - هذا بيانٌ لما ينبني على اللّعان. وذلك: الفـراق بين الزّوجين، وسقـوط الحدّ عنه وعنها، فـيسقط عنه حـدّ القذف وعنها حدّ الزّنا وقطع النّسب، وإليـه أشار بقوله: وينتفي الولد وتأبيد التّـحريم وتقدّم ذلك عن التّوضيح، وقوله :والفسخ من بعد اللّعان مـاضٍ البيت اشتمل على مسألتين إحداهما: أنّ فرقة المتلاعنين فـسخٌ بغير طلاقٍ التّوضيح: فرعٌ: والفرقة في اللّعـان فسخٌ بغير طلاق، قال في البيـان: هذا مذهب مالكٍ وجميع أصحـابه، وقال جماعةٌ من أصـحابنا: إنّه طلقةٌ بائنةٌ. وفي الجـلاب أنّ الملاعنة قبل البناء لا صـداق لهـا، خلاف قـول مـالكٍ في المدوّنة والموطّأ إنّ لها نصف الصّـداق. وبناه اللّخميّ على فرقة المتلاعنـين هل هي فسخٌ فلا شيء لها أو طلاقٌ فلها؟ وفيه نظرٌ، فإنّ المعروف أنّ لها النّصف وأنّ فرقة المتلاعنين فسخٌ، ولكن لمّا كنّا لا نعلم صدق الزّوج ولعـلّه أراد تحريمها وإسقـاط حقّهـا.من نصف الصّداق اتّهم في ذلك وألزم نصف الصّداق، ويحتمل أن يكون إنّما لزمـه النّصف مراعاةً لقول من قال: هو طلاقٌ ا هـ. قلت: وقـد اشتمل كـلام التّوضـيح هذا على فائدة أخـرى وهي لزوم نصف الصّداق وإن تلاعنا قبل البناء وإن قلنا إنّ فـرقتهما فسخٌ بغير طلاقٍ للتّـهمة. وقد قلت في ذلك:

وإن تـــلاعـــنـــا ولـــم يـــبن لـــزم لتـهـــمـةٍ نصف صداقٍ قـــد علم

وأشرت بقولي: نصف صداقٍ قد علم إلى أنّهمـا إذا عقدا النّكاح على وجه التّفويض فلا يلزمه شيءٌ لانتفاء التّهمة.

المسألة الثّانية: ممّا اشتمل عليه البـيت الأخير فرقة المتلاعنين، هل تقع بنفس اللّعان أو حتّى يحكم بها القاضي؟. ومن التّبصرة: واختلف في وقوع الفراق فقال مالكٌ وابن القاسم يقع الفراق بنفس اللّعـان ولا تحلّ له أبدًا، وفي المتيطيّة: قـال بعض الموثّقين: لا يتمّ الفراق

قوي، والذي يترجح فيـها بعد النظر في كلام الناس أنه لا بدّ في الاعتمـاد على رؤيته كالمرود في المكحلة، ولا يلزمه ذكره عند اللعان بلسانه.

بينهما على مذهب ابن القاسم إلاّ بحكم القاضي في ذلك. والحجّة لهذا القول قوله ﷺ لعويمر وزوجته بعد التعانهما: «قوما فقد فرّقت بينكما ووجبت النّار لأحدكما والولد للمرأة»(٧٥) وفي التّوضيح: وقوع الفراق بمجرّد التعانهما هو المذهب خلافًا لأبي حنيفة في قوله: لا تقع الفرقة بلعانهما حتّى يفرّق الحاكم بينهما ا هـ. ويؤخذ القولان من النّظم فيؤخذ القول بأنّ الفرقة تقع بنفس اللّعان من قوله: ثمّ إذا تمّ اللّعان افترقا ويؤخذ القول بافتقارها لحكم حاكمٍ من قوله: وبحكم القاضي وهو أصرح.

ومكذبٌ لنفسه بعد التحق ... ولده وحدّ والتّحريم حق

وراجعٌ قبل التّمام منهما ... يحدّ والنّكاح لن ينفصما

يعني أنّ من لاعن زوجته وتمّ اللّعان بينهما ثمّ أكذب نفسه فإنّ الولد يلحق به ويحدّ حدّ القذف للزّوجة، وأمّا تحريم الزّوجة فأمرٌ ماضٍ لا تحلّ له أبدًا ولا سبيل لمراجعتها، فإن كان رجوعه وتكذيب نفسه قبل تمام اللّعان فإنّه يحدّ ونكاحهما باقٍ لم ينفسخ. قال المتيطيّ: فإن رجع الزّوج بعد ذلك وأكذب نفسه فله الحدّ ولحق به الولد ولم تحلّ له بذلك، فأمّا إن رجع أحدهما قبل تمام اللّعان بكلمة فما فوقها فإنّه يثبت نكاحهما ويحدّ الرّاجع منهما. ا هـ فقوله: وراجعٌ قبل التّمام هو تصريحٌ بمفهوم قوله: ومكذّبٌ لنفسه بعد «أي بعد اللّعان أي بعد تمامه» ابن الحاجب: فلو أكذب أحدهما نفسه قبل تمام لعانهما حدّ وبقيت زوجةً، ويتوارثان وإن رجمت ا هـ.

وساكتٌ والحمل حملٌ بيّن ... يحدّ مطلقًا ولا يلتعن

ومثله الواطئ بعد الرّؤية ... ويلحق الولد وحدّ الفريه

يعني أنّ من رأى بزوجته حملاً بيّنًا وسكت ثمّ نفاه وأراد أن يلاعن فإنّه لا يلاعن ويحدّ حدّ القذف، وهو الّذي عبّر عنه في البيت الثّاني بحدّ الفرية. والفرية: الكذبة. ويلحق به الولد وسواءٌ سكت كثيرًا ولا إشكال أو قليلاً كاليوم واليومين (وعلى ذلك نبّه بالإطلاق) واللّه أعلم فهو راجعٌ لقوله: وساكتٌ وكذلك الّذي رأى زوجته تزني ثمّ وطئها

(ص): ومكذب لنفسه بعد التحق إلى آخر الأبيات الستة. قال في المختصر: كاستلحاق الولد إلاّ أن تزني بعد اللعان مشبهًا في الحد وظاهره لاعن لرؤية أو غيرها وهو كذلك وإن وقع فيه خلاف، وولد النصرانية لا حدّ في استلحاقه، وكان من حق هذا الشارح التنبيه على هذا، والأمة كالنصرانية فيما ذكرنا، ولكن الشارح ذكر ما أشرنا إليه في المسألة الآتية.

قوله: **(وعلى ذلك نبّه بالإطلاق)** هذا قال فيه في المختصر: وإن وطء أو أخّر بعد علمه

---

(٧٥) [حديث صحيح]: تقدم فيما قبله.

ثمّ أراد أن يلاعن فإنه يحد ولا يلتعن قـال في المقرّب: قلت: فلو أنّ رجلاً نظر إلى امرأته حاملاً وهي مسلمةٌ حرّةٌ أو نصرانيّـةٌ أو أمةٌ فسكت ولم ينف الحمل ولا ادّعاه فلمّا وضعت انتفى منه؟ قال مالكٌ إذا رأى الحمل فسكت حتّى وضعته فليس له أن ينتفي منه، وإن انتفى منه حين تلده جلد الحدّ إن كانت زوجته حرّةً مسلمةً، ولا حدّ عليه في الكافرة والأمة لأنّ قاذفهما لا يحدّ. قلت: فإن رأى الحمـل فسكت يومًا أو يومين فأكثر من ذلك ثمّ انتفى منه بعد ذلك قال: إذا شهدت البيّنة أنّـه قد رآه فلم ينكر أو أقرّ ثمّ جاء بعد ذلك ينكر لم يكن ذلك له. وقال ابن عـرفة: روى ابن القاسم في كـتاب الرّجم من المدوّنة أنّ من ادّعى رؤيةً وأقرّ أنّه وطئ بعدها حدّ ولحق به الولد ا هـ.

وإن تضـع بعـــد اللّـعـــان لأقلّ ... من سـتّـــة الأشـهـر فـالمهـر بطل

وليـس للتّـــحـــريم مـن تأبيـــد ... إذ النّكـاح كــان كــالمفــقــود

يعني أنّ من عقـد على امرأة ولم يدخل بها ثـمّ ظهر بها حمـلٌ زعمت أنّه منه وأنكر ذلك فتلاعنا ثمّ ولدت فإن ولدته لأقلّ من ستّة أشهرٍ من يوم عقد عليها فلا صداق لها ولم تحرم عليه بالتعانها، أمّا سقوط الصّـداق فلأنّ النّكاح انفسخ (لظهور كونها معتدّةً) لأنّه يلزم من الولادة قبل ستّة أشـهرٍ أنّها يوم عقد عليها النّكاح كانت حـاملاً، والفسخ قبل البناء لا شيء فيه ولولا الإتيـان بالولد لدون ستّة أشهرٍ لوجب نصف الصّـداق في اللّعان قبل البناء كما تقـدّم. وأمّا عدم تأبيد التّـحريم بالتعانهـا فلأنّها كانت غيـر زوجة له لأنّ ذلك النّكاح كالعدم لكونها مـعتدّةً، وعلى ذلك نبّه بالبيت الثّاني. هذا مقـصود النّاظم - رحمه الله - بالبيـتين وهكذا هي المسألة في ابن سلمونٍ، ولفظه في المـسألة برمّتهـا: وإذا كانت المرأة لم

بوضع أو حمل بلا عـذر امتنع، وحاصله أن العـلم بالوضع والحمل ينتفي اللعـان فيهـما بالوطء وبالتأخير، ومسـألة الرؤية إنما ينتفي فيها بالوطء لا بالتأخير، وقوله بلا عـذر مفهومه أنه إذا وجد العذر فله القيام في الجـميع ولو طال الزمان وهو كذلك على ما يظهر من كـلامهم فقف عليه إن شـئت فإن الكلام طويل في هذا المحـل ولكن هذا ملخص كلامـهم، فـانظر كلام التـحفـة ومن شرحـها هل يوفي بهـذا المتحـصل أم لا؟ والعجب من ابن الناظم وهذا الشـارح حيث لم يقـيدا بالعذر مع كونه في المختصر وغيره وهذا غفلة بلا مرية.

قوله: **(لظهور كونها معتدة إلخ)** لم يذكروا هنا العدة في هذه الأنقال، والذي يغلب أنها في الاستـبراء، وعلى هذا فقول النـاظم: وليس للتحريم من تأبيـد إما أنه أراد من جهة الالتـعان أو مطلقًا، بناء على أن المستبرأة إذا تزوجها يتأبد تحريمهـا، على خلاف قدمناه عند قول المتن كمستبرأة من زنا، أو نقول: إنما يتـأبد التحـريم بالوطء وهنا لم يطأ، وقد قال في المـتن صدر النكاح وتأبد تحريمها بوطء إلخ، وإلاّ فالدخول في العدة محرم على الزوج أبدًا على المذهب علم بالعدة الداخل أم لا فافهم.

يدخل بها وظهر بها حملٌ فادّعته عليه ونفاه هو فإنّهما يلتعنان ولا ينتفي منه إلاّ باللّعان إذا ادّعت أنّه كان يغشاها وكـان ذلك يمكن وجاءت به لستّة أشهر فأكثـر من يوم تزوّجها، فإن جاءت به لأقلّ من ستّة أشهرٍ فلا صداق لها ولا لعان، فإن لاعن قبل أن تضع الحمل فأتت به لأقلّ من ستّة أشـهرٍ لم يكن لها صداقٌ ولم تحرم عليـه بالتعانها لأنّها كانت غـير زوجة له. قاله ابن الماجـشونِ ومحمّد بن الموّاز: ا هـ فـمسألة النّاظم هي قول ابـن سلمون. فإنْ لاعن قبل أن تضع الحـمل إلخ وكان وجه لعـانه قبل الوضع مع أنّه قـال قبله: إذا أتت به لأقلّ من ستّة أشهرٍ فلا لعان أنّه إذا علم بالحمل وسكت ولم يلاعن لزمه الولد واللّه أعلم. ومعنى قـوله: «فإنْ جاءت به لأقلّ من ستّـة أشهرٍ إلخ أنّه لو لم يعلم به حـتّى ولدت فلا صداق ولا لعان، والوجه الّذي بعـده علم قبل الوضع فلم يمكنه السّكوت فلاعن ثمّ ولدت وهي مسألة النّاظم واللّه أعلم.

باب الطلاق والرجعة وما يتعلق بهما

(ابن عرفة: الطّلاق صفةٌ) حكميّةٌ ترفع حلّيّة متعة الزّوج بزوجته موجبٌ تكرّرها مرّتين للحرّ ومـرّةً لذي رقٍّ حرمتهـا عليه قبل زوجٍ. قـوله: حكميّةٌ لأنّ الطّلاق مـعنًى تقديريٌّ، وترفع حلّيّة أخرج به الظّهار وما شابههـا، وقوله: حلّيّة لا بدّ من ذكرها لأنّ المتعة لا ترفع وإنّمـا يرفع المعلّق بها، وقـوله: بزوجتـه أخرج به حلّيّـة المتعـة بغيـرها، وقوله: مـوجبٌ تكرّرها: إلخ صـفةٌ للصّـفة جـرت على غيـر من هي له على نسخـة الرّفع، وفي نسـخة بالنّصب على الحال. ويظهـر أنّه زاد ذلك لوجوه أظهرها أنّه يخرج بذلك صوراً كـثيرةً تمنع أو ترفع المتعة بالزّوجـة وذلك مثل الإحرام بالحجّ وبالصّلاة وبالدّخول في الاعـتكاف وغير ذلك. ا هـ وقوله: مـوجبٌ تكرّرها التّكرّر هو مـا بعد الطّلقة الأولى. وأمّـا الرّجعـة فهي بفتح الرّاء وكسرها وصوّب الجوهريّ الفتح واستعـملها الفقهاء بالكسر. قال ابن عرفة: هو رفع الزّوج أو الحاكم حرمـة المتعة بالزّوجة لطلاقـها، قال: فتخـرج المراجعة. ا هـ أي لأنّ الفرق بينهـما أنّ الرّجعة هي من الطّلاق الرّجـعيّ، والمراجعة هي من البائن ولـذلك عبّروا فيـها بالمفاعَلة الّتي لا تكون في الغـالب إلاّ بين اثنين الرّصّاع قوله: أو الحـاكم أشار به إلى إدخال ما إذا طلّق في الحـيض وامتنع من الرّجعة فإنّ الحاكم يحكم عليـه بالرّجعة، وتصحّ رجعته. ويجوز له الوطء بذلك عند المحقّقين ابن الحاجب: فإن أبى أجبره الحاكم بالأدب،

باب الطلاق والرجعة وما يتعلق بهما

(ص): من الطلاق الطلقة السنية إلى آخـر الأبيات الأربعة. قوله: **(ابن عرفة الطلاق صفة إلخ)** انظر رسم الطلاق عند قول المتن: جاز الخلع، ورسم الرجعة عند قوله: يرتجع إلخ، والكلام في ذلك طويل فلا نطيل به، إذ الكلام فيها هو أهم من هذا.

وإن أبى ارتجع الحاكم عليه وله وطؤها بذلك على الأصحّ، كما يتوارثان بعد مدّة العدّة قوله: حرمة المتعة هذا هو المرفوع واحترز به من رفع الحلّيّة، أي فإنّه نفس الطّلاق، وقوله: بطلاقها متعلّقٌ بالحرمة، واحترز به من رفع الزّوج الحرمة بغير الطّلاق كما إذا رفع حرمة الظّهار أي بالتّكفير. ثمّ قال الرّصّاع: لم أقف للشّيخ على حدّ المراجعة. ويمكن أنّه رأى أنّها تدخل تحت حدّ النّكاح لأنّ النّكاح إمّا لمراجعة أو لغيرها فيقال فيها نكاحٌ من زوجٍ أبانها بغير الثّلاث ا هـ. أي وأمّا إذا لم يبنها فهي رجعةٌ لا مراجعةٌ، وأمّا إذا أبانها بالثّلاث ثمّ تراجعا بعد زوجٍ فإنّ ذلك ابتداء نكاحٍ لا شكّ فيه والله تعالى أعلم.

من الطّلاق الطّلقة السّنّيّه إن حصلت شروطها المرعيّه

وهي الوقوع حال طهرٍ واحده من غير مسٍّ وارتداف زائده

من ذاك بائنٌ ومنه الرّجعيّ وما عدا السّنّيّ فهو بدعي

(منه مملّكٌ ومنه خلعي) وذو الثّلاث مطلقًا ورجعي

وقول الناظم: **(منه مملك ومنه خلعي إلخ)** ظاهره أن التملك والخلع لا يكونان إلاّ من البدعي، وذلك أن الطلاق السني شرطه أن يكون رجعيًا والخلع بعوض والتمليك وهو أن يقول لها طلقتك طلاق الخلع مثلاً ولا عوض الطلاق فيهما بائن، وذلك لأن البائن قد يندم الإنسان فيه ولا يجد سبيلاً للزوجة، ولكن انظر صدر الخلع وعند قول المتن ولو بلا عوض نص عليه في بابه في هذين الطلاقين، فإن المصنف خليلاً قال جاز الخلع وذكرنا ثم قول ابن رشد الداخل على أنه البدعي، وكذلك ذكرنا عند قول المتن ولو بلا عوض أنه طلاق خلاف السنة وأنه مكروه وتراه هنا قريبًا إن شاء الله تعالى عند قول النظم: وفي الملك إلخ، وصاحب المختصر وغيره قالوا في السني طلقة واحدة وذلك شامل للصورتين، لا سيما وقد قال القاضي مدار البدعي على العدد والوقت أي وقت الحيض، وكلام اللخمي يقتضي كالصريح أن الطلاق السني لا بدّ أن يكون رجعيًا، وابن ناجي أخرج الخلع من الطلاق السني وهذا كله في الشرح، ولكن لم يتضح لنا راجح في المسألتين، والمذهب هو الجواز في الخلع باعتبار أصله تعتريه أحكام باعتبار ما يعرض له، قال في المختصر: طلاق السنة واحدة بطهر لم يمس فيه بلا عدة وإلاّ فبدعي، فقوله واحدة مخرج لاثنتين أو ثلاث فإن ذلك بدعي، ولا فرق في الثلاث بين أن يقول هي طالق ثلاثًا أو البتة أو هي طالق طالق طالق كما أشير إليه في كلام أبي الحسن، وكذا يدخل في ذلك قوله هي طالق ناويًا به الثلاثة لقول المتن: وتلزم واحدة إلاّ لنية أكثر، وقوله واحدة أي غير خلعية ولا مملكة لأنها تكون بائنة وربما يندم فلا تمكنه الرجعة، ولكن يرد على هذا الواحدة قبل البناء وإن كان الندم وربما يندر في غير المدخول بها ولكن لا عدة في غير المدخول بها فلا يقال في طلاقها بدعي ولا سني انظر الشرح، ويأتي هنا شيء من هذا وظاهره أن الزيادة عن الواحدة مخرجة عن السني ولو في صغيرة

يعني أنّ الطّلاق على وجهين: سنّيٌّ وهو مـا اجتمعت فيـه الشّروط الأربعة، وبدعيٌّ: وهو ما اختلّت فيه تلك الشّروط أو واحـدٌ منها، ثمّ أشار بقوله من ذاك بائنٌ ومنه الرّجعيّ إلى أنّ الطّلاق السّنّيّ ينقسـم إلى بائنٍ ورجعيٍّ. قلت: وكذلك الطّلاق البـدعيّ ينقسم إلى رجعيٍّ وبائنٍ كمـا يأتي، فالأقسام أربعةٌ فطـلاق الزّوجة غير المدخول بهـا ولو حائضًا ومن بقـيت على طلقـة وإن حصلـت بشروط السّنّيّ سـنّيٌّ بائنٌ، وطلاق الزّوجـة المدخول بهـا بالشّروط الأربعة سّنّيٌّ ورجعيٌّ، والطّلاق في الحيض بدعيٌّ رجعيٌّ، والطّلاق الثّلاث بدعيٌّ بائنٌ، ومثّل الشّـارح للبدعيّ البـائن بالطّلاق المملّك قال: وهو طلاق الخلع من غـير خلع وبالخلع وبالثّلاث. ثمّ ذكر أنّ طلاق غير المدخول بهـا يحتمل كونه مطلقًا مع شروط السّنّيّ وعدمها. قال مذهب ابن القاسـم: أنّه، سنّيٌّ بائنٌ ويحتمل أن يكون سنّيًا مع وجود شروط السّنّيّ، والّذي يمكن منهـا هنا أي من شروط السّنّـيّ في غير المدخـول بها اثنـان فقط: أن تكون واحدةً وأن تكون في طهرٍ. وأمّـا كونه لم يمسّ فيه فهـو فرض المسألة لأنّ الكلام في غير المدخـول بها، وأمّا عدم ارتداف أخـرى فلا يحتاج إليـه لأنّ الارتداف إنّما يكون على الرّجعيّ وطلاق غيـر المدخول بها بائنٌ. (وفي الرّصّاع): أنّ اللّخـميّ نقل عن أشهب جواز

وهو كذلك، وقوله بطهر ففي حيض أو نفاس بدعي وحرام إجماعًا ويلزم مع ذلك إن وقع وخرج من قوله بطهر من لا طهر عندها كالصغيـرة إذ الطهر إنما يكون مع وجود الحيض المقابل له، ومثل الصغيرة الحامل ومن تعتد بالأشهر وهي اليائسة والمسـتحاضة غير المميزة لأن عدتها سنة، وأخرى غير المدخول بها إذ لا عدة عليها أصلاً، فهؤلاء لا يقال في طلاقهن سني ولا بدعي، نعم إذا زيد على واحدة فيهن فـهو بدعي من هذه الحيثية إلاَّ غيـر المدخول بها إذ لا يتأتى فيها مـضمون قوله تعالى: ﴿**لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرًا**﴾ [الطلاق: ١] لأن طلاقها بائن كان بواحدة أو أكثـر، ولكن الاثنتان تقرب من التـحريم والنبي ﷺ إنما طلق واحدة، وكـلام القاضي يدل على هذا، ومما يدل لهذا أن المدخول بها طلاقها اثنتين في مـرة بدعي، مع أن الرجعة تصحّ فيها إن لم يتقدم لهـا طلقة، فالبوجه الذي يكون الطلاق بـدعيًا في هذه يكون في غير المدخـول بها، وعليه فالعدد يجـعل الطلاق بدعيًا مطلقًـا فافهم. وقوله: لم يمس فـيه أي لم يطأ فيه فـإن وطئ فيه ثم طلق فبدعي. وقوله: بلا عدة أي بلا إرداف في عدة فـإن المردف فيها بدعي. وقوله: وإلاَّ فبدعي أي وإن انتفى بعض القـيود أو أكثر فـالطلاق بدعي فافهم. وقال المصنف في الطلاق الـرجعي ما نصّه: يرتجع من ينكح وإن بكاحـرام وعدم إذن سيد طالقًـا غير بائن في عدة صـحيح حلّ وطؤه إلخ، وما تخرج قيوده لا يخفاك، وهذا تعـرف منه الطلاق السني والبدعي والرجعي وغيره، فقد يكون السني رجعـيًا كما إذا طلق واحدة في طهـر لم يمس فيه وهي مدخول بـها، ويكون البدعي رجعيًا كما إذا طلـقها طلقتين في دفعة ولم يتقدم له فيهـا طلاق إلى غير ذلك مما يتصور ولكن لا يليق أن يخلط الكلام في هذا بل يتكلم على السني والبدعي وحدهما والـرجعي وحده، كما فعل صاحب المختصر وغيره لا كما فعل الـناظم. وقول الشارح السني قد يكون بائنًا لا يخفاك ما فيه، وكذا قوله في غير المدخول بها وأن تكون في طهر إلخ فإن غير المدخول بها لا عدة عليها، البدعة

طلاق الواحدة الّتي صادفت آخر الثّلاث فيكون سنيًّا بائنًا كما تقدّم واللّه سبحانه أعلم. قال مقيّد هذا الشّرح سمح اللّه له بفضله: وقد كنت قلت في هذا القسم والتّمثيل له أبياتًا وهي هذه:

من الطّلاق سنّةٌ وبدعي	والكلّ إمّا بائنٌ أو رجعي
سنّيه في حال طهرٍ واحدة	من غير مسٍّ وارتداف زائده
فغير مدخولٍ ومن تبقى على	واحدةٍ إن بالشّروط حصلا
فبائن السّنّيّ ورجعيّ السّنّة	بعد البناء بشروطٍ متّت
مملّكٌ أو خلعٌ أو أقصاه	بدعيٌّ وبائنٌ فلا تنساه
رجعي وبدعي إن تسل هو واحد	بعد البنا بفقد شرطٍ يوجد

وضمير سنّيه للطّلاق من حيث هو بائنًا أو رجعيًّا، وقولنا: فغير مدخول إلخ هو ابتداء تمثيل الأقسام الأربعة تبعًا للشّارح وتقليدًا له، وقولنا: إن بالشّروط حصلا راجعٌ لطلاق من تبقى على واحدة فقط، ومتّت معناه قربت، وأقصى الطّلاق هو الثّلاث، وجملة يوجد هي صفةٌ أخرى لواحد، وبفقد يتعلّق بيوجد أي إن تسأل عن الطّلاق الرّجعيّ البدعيّ فهو الطّلاق الواحد، ثمّ وصفه بوصفين آخرين: كونه بعد البناء وكونه يوجد بفقد شرطٍ من شروط السّنّيّ وليرجع إلى حلّ ألفاظ النّاظم. قوله: المرعيّة أي المرعيّة المحفوظةً عند الفقهاء. قال في التّوضيح: وليس المراد بالسّنّيّ أنّه راجح الفعل كما هو المتبادر إلى الذّهن من النّسبة إلى السّنّة بل بمعنى أنّه الّذي أذنت فيه السّنّة مقابل البدعيّ. (ونحوه لعبد الوهّاب) وغيره طلاق البدعة هو ما وقع على غير الوجه المشروع، والطّلاق مباحٌ من حيث

من جهة التطويل إنما جاءت في المدخول بها، وطلاق غير المدخول بها جائز في الحيض كما في المدونة والمختصر وغيرهما، وتقدم الكلام في ذلك، وهذا الشارح تابع لابن الناظم في هذه الأمور. قوله: **(وفي الرصاع إلخ)** الذي يدل عليه ما تقدم هو أن هذا طلاق بدعي لأن السني لا يكون بائنًا بخلاف البدعي قد يكون فيه الرجعي كالطلاق في الحيض واحدة بعد الدخول، ولكن لابدّ من نظر الشرح في هذه الأمور.

قوله: **(ونحوه لعبد الوهاب إلخ)** نص عبد الوهاب في معونته هو قوله ما نصّه: باب: الطلاق ضربان سنة وطلاق بدعة، وفائدة وصفنا له بأنه طلاق سنة أنه أوقع الطلاق على الوجه الذي ندب الشرع إيقاع عليه وهذا لفظه. وفي طرر ابن عات عن ابن مغيث: فطلاق السنة هو الواقع على الوجه الذي ندب الشرع إليه إلخ. وهذا يدل على أن الطلاق السني مندوب. ومعنى

هو في الجملة، وقال بعض الشّيوخ: إنّه مكروهٌ لما في أبي داود أنّه ﷺ قال: «إنّ أبغض الحلال إلى اللّه تعالى الطّلاق»(٧٦). ولا إشكال أنّه قد يعرض له الوجوب والتّحريم والنّدب، وثبت أنّه ﷺ: «طلّق حفصة واحدةً ثمّ راجعها(٧٧) وطلّق العالية بنت سفيان وهي الّتي تدعى أمّ المساكين»(٧٨)، وذكر المصنّف لطلاق السّنّة أربعة قيود الأوّل: أن يطلّق في طهرٍ، فإن طلّقها في حيضٍ كان مطلّقًا للبدعة. عبد الوهّاب وهو حرامٌ بإجماعٍ، واختلف هل المنع في الحيض تعبّدٌ أو لطول العدّة عليها وهو المشهور لأنّه إذا طلّقها في حيضٍ لا تعتدّ به فتلغي بقيّة أيّام حيضها. القيد الثّاني: أن لا يجامعها في ذلك الطّهر، فإن جامعها ثمّ طلّقها كان مطلّقًا للبدعة وليس ممنوعًا كطلاق الحيض فقد صرّح في المدوّنة وغيرها بكراهته قال عبد الوهّاب: لأنّه لبس عليها العدّة فلم تدر هل تعتدّ بالوضع أو بالأقراء؟ الثّالث: أن يطلّقها واحدةً. اللّخميّ: وإيقاع الاثنتين مكروهٌ، والثّلاث ممنوعٌ لقوله تعالى: ﴿لا تدري لعلّ اللّه يحدث بعد ذلك أمرًا﴾ [الطلاق:١] أي من الرّغبة في المراجعة والنّدم على الفراق. ونقل ابن عبد البرّ وغيره الإجماع على لزوم الثّلاث في حقّ من أوقعها، (وعن بعض المبتدعة) أنّه إنّما يلزم موقع الثّلاث واحدةٌ، وعن بعض الظّاهريّة لا يلزمه شيءٌ، وحكى التّلمسانيّ أنّ عندنا قولاً بأنّه إذا أوقع الثّلاث في كلمة إنّما تلزمه واحدةٌ القيد الرّابع: أن تكون غير معتدّة ليحترز من أن يطلّقها في كلّ طهرٍ طلقةً فإن فعل فالأولى للسّنّة والأخريان للبدعة وهذا مذهب المدوّنة ا هـ باختصارٍ. فقول النّاظم: من غير

ذلك أن الزوج إذا عزم على الطلاق تردد فيطلب منه أن يطلق طلاق سنة فإن طلق طلاق بدعة فقد خالف المطلوب منه لا أن الطلاق مندوب إليه ولا مرية في صحة هذا، وبه تعرف ما في كلام التوضيح ومن تبعه.

قوله: **(وعن بعض المبتدعة إلخ)** هذا كلام قاصر غاية، فإن الخلاف في المسألة شهير في المذهب وخارجه من أهل السنة صحابة وغيرهم وذلك مستوفى في الفائق، وذكره ابن سلمون وغيره، وذكر في الفائق تشديد ابن رشد في ذلك، وكلام ابن مغيث وكلام القاضي عياض معروف في المسألة، وذكر في الفائق من شدد وخفف فقف عليه إن شئت، نعم المشهور والمعلوم هو لزوم الثلاث لمن فعل ذلك وسيشير هذا الشارح لكلام الفائق عند قول الناظم: وبالثلاث لا تحل إلاَّ.

---

(٧٦) [حديث ضعيف]: أخرجه أبو داود (٢١٧٨)، وابن ماجه (٢٠١٨)، والحاكم في المستدرك (٢/١٩٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٣٢٢)، وابن عدي في الكامل (٦/٤٦١)، وابن الجوزي في العلل (١٠٥٦)، وضعفه الشيخ الألباني في الإرواء (٢٠٤٠).

(٧٧) [حديث صحيح]: أخرجه أبو داود (٢٢٨٣)، والنسائي (٣٥٦٢)، وابن ماجه (٢٠١٦)، والحاكم في المستدرك (٢/١٩٧)، وصححه الشيخ الألباني في صحيح سنن أبي داود (٢٢٨٣).

(٧٨) انظر الطبقات الكبرى المجلد الثامن.

مسٌّ هو إشارةٌ للقيد الثّاني المتقدّم عن التّوضيح وقوله: وارتداف زائده هو إشارةٌ إلى القيدَ الرّابع في التّوضيح وفي الرّسالة: وطلاق السّنّة مباحٌ وهو أن يطلّقها في طهرٍ لم يقربها فيه طلقةً ثمّ لا يتبعها طلاقًا حتّى تنقضي العدّة ا هـ. فقوله: ثمّ لا يتبعها طلاقًا هو القيد الرّابع في التّوضيح وهو مراد النّاظم بقوله: وارتداف زائدة أي ومن غير أن يردف على الطّلقة الأولى طلقةً زائدةً عليها حتّى تنقضي العدّة كما في الرّسالة. وقوله: من ذاك بائنٌ أي من الطّلاق السّنّيّ ما هو بائنٌ ومنه ما هو رجعيٌّ كما تقدّم تمثيله، وقوله: ما عدا السّنّيّ فهو بدعيٌّ أي ما اختلّ فيه قيدٌ من قيود السّنّيّ فهو بدعيٌّ، وقوله: منه مملّكٌ ومنه خلعيٌّ أي من الطّلاق البدعيّ يعني البائن مملّكٌ وخلعيٌّ، وقوله وذو الثّلاث مطلقًا عطفٌ على مملّك، وأشار بالطّلاق في الثّلاث إلى كونه لا يكون سنّيًّا بوجه، قال الشّارح: يعني بخلاف طلاق من بقيت على واحدة فإنّه وإن كان بائنًا فهو سنّيٌّ إن كان في طهرٍ لم يقربها فيه كما تقدّم، وقوله: ورجعي أي ومن الطّلاق البدعيّ ما هو رجعيٌّ وهو مقابل قوله: منه مملّكٌ ومنه خلعي وهذا يدلّ على أنّ معنى قوله: منه مملّكٌ ومنه خلعي أي وهو بائنٌ.

ويملك الرّجعة في الرّجعيّ قبل انقضاء الأمد المرعيّ
ولا افتقار فيه للصّداق والإذن والوليّ باتّفاق

يعني أنّ من طلّق زوجته طلاقًا رجعيًّا (سواءٌ كان سنّيًّا) أو بدعيًّا فإنّه يملك رجعتها ما لم تنقض عدّتها. والعدّة هي مراده بالأمد المرعيّ، فإذا راجعها فلا يفتقر لصداق ولا لإذن الزّوجة ولا للوليّ باتّفاق وقال في المنهج السّالك: فالزّوج يملك رجعة زوجته في الطّلاق الرّجعيّ ما لم تنقض عدّتها من غير اعتبار رضاها وتصحّ الرّجعة بالقول وتصحّ أيضًا بالفعل الحالّ محلّ القول والدّالّ في العدّة على الارتجاع كالوطء والقبلة وما أشبه ذلك بشرط القصد إلى الارتجاع، واختلف في المذهب إذا انفردت النّيّة في ذلك دون اللّفظ فقيل لا تصحّ الرّجعة بذلك وقيل تصحّ وهو الصّواب ا هـ.

وموقع الطلاق دون طهر يمنع مع رجوعه بالقهر

يعني أنّ من طلّق زوجته طلاقًا رجعيًّا وهي حائضٌ فإنّه فعل ممنوعًا ويجبر على الرّجعة، فإذا ارتجع أمسكها حتّى تطهر ثمّ تحيض ثمّ تطهر ثمّ إن شاء طلّق وإن شاء أمسك، قال في المنتخب: ومن طلّق امرأته وهي حائضٌ أو نفساء أجبر على رجعتها إلاّ أن تكون غير مدخولٍ بها فلا بأس بطلاقها، وإن كانت حائضًا وإذا أجبر على رجعتها أمهلها حتّى

(ص): ويملك الرجعة في الرجعي إلى آخر الأبيات التسعة. قوله: **(سواء كان سنيًا)** تقدم أن السني لا يكون إلاّ رجعيًا ولكن هذا الشارح مرّ على ما قدمه.

تطهر من دم حيضها أو نفاسها ثمّ ابتداءً أو حنثًا أجبر على الرّجعة ما بقي من العدّة شيءٌ، وقال أشهب ما لم تطهر من الثّانيـة فإن أبى ابتداءً أو حنثًا أجبر على الرّجعة ما بقي من العدّة شيءٌ، وقال أشهب: ما لم تطهر من الثّانية فإن أبى أجبره الحاكم بالأدب وإن أبى ارتجع الحاكم عليه، والمستحبّ أن يمسكها حتّى تطهر ثمّ تحيض ثمّ تطهر. التّوضيح: لأنّه لمّا طلّق في الموضع الّذي نهي عنه لئلا تطول العدّة أمر بالمراجعة ليوقع الطّلاق على سنّته فلو أبيح له أن يطلّق إذا طهرت من تلك الحيضة كانت (في معنى المطلّقة قبل البناء) وكانت تبني على عدّتها الأولى فيتمّ مقصوده فأمر بالوطء ليقطع حكم الطّلاق الأوّل، وإذا وطئها لم يمكّن من طلاقها في ذلك الطّهر لأنّه ﷺ نهي عن أن يطلّقها في طهرٍ مسّها(٧٩) فيه ا هـ.

وفي المملّك الخلاف والقضا ... بطلقةٍ بائنةٍ في المرتضى

(قال الشّارح: الطّلاق المملّك) هو طلاق الخلع من غير خلعٍ وفيه خلافٌ بين ابن

قوله: **(في معنى المطلقة قبل البناء إلخ)** في تعليل المسألة أكثر في هذا وقد بيّناه في الشرح.

قوله: **(قال الشارح: الطلاق المملك إلخ)** انظر هذا عند قول المتن ولو بلا عوض نص عليه في فصل الخلع ربما تفهم معنى التمليك من هناك ونصّ أبي عمران في كافيه، ولو قصد إلى إيقاع الخلع بغير عوض كان خلعًا عند مالك، وقال أشهب: إن معنى الخلع بذل عوض عن الطلاق فإذا لم يقع عوض خرج عن معناه لأنه طلاق بغير عوض إلخ هذا لفظه. وفي المعونة ما نصّه: فصل: إذا قصد إلى إيقاع الخلع بغير عوض كان خلعًا عند مالك، وقال أشهب: يكون طلاقًا رجعيًا، فوجه قول مالك بأنه طلاق قصد أن يكون خلعًا فكان على ما قصده كالذي معه العوض، ولأن عدم حصول العوض في الخلع لا يخرج الطلاق عن لزومه على قصد موقعه أصله إذا عاوض بخمر أو خنزير إلخ وهذا منه بلفظه. وقال المتيطي ما نصّه: مسألة: يكره أن يطلق زوجته طلاق خلع أو صلح أو مبارأة من غير أخذ ولا إسقاطه لأنه خلاف السنة، فإن فعل فثلاثة أقوال، **أحدها:** أن تكون طلقة رجعية كمن قال: أنت طالق طلقة لا رجعة لي عليك. **الثاني:** أنها البتة كمن قال: أنت طالق واحدة بائنة فإنها ثلاث قاله ابن الماجشون. **والثالث:** أنها طلقة بائنة قاله مالك وابن القاسم وبه القضاء اهـ. بلفظه. قال: وتعقد في ذلك طلق فلان طلقة واحدة على سنة المبارأة إلخ، وأصل هذا في الوثائق المجموعة ونصّه: قال محمد بن أحمد: والمبارأة إذا انعقدت بغير شيء يأخذه الزوج من المرأة أو تضع عنه فهي طلقة تملك بها نفسها ولا يراجعها الزوج في

---

(٧٩) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٤٩٠٨، ٥٢٥١، ٥٢٥٢، ٥٢٥٣، ٥٢٥٨، ٥٢٦٤، ٥٣٣٢، ٥٣٣٣، ٧١٦٠)، ومسلم (١٤٧١)، وأبو داود (٢١٧٩، ٢١٨٠، ٢١٨٢، ٢١٨٤، ٢١٨٥)، والترمذي (١١٧٥، ١١٧٦)، والنسائي (٣٣٩٠، ٣٣٩١، ٣٣٩٢)، وابن ماجه (٢٠٢٣)، وأحمد في المسند (٢/٥٤، ٦١، ٦٣، ٦٤، ٧٩، ٨١، ١٠٢، ١٢٨، ١٣٠)، وعبد الرزاق في المصنف (١٠٩٥٢، ١٠٩٥٣، ١٠٩٥٤)، والدارمي في سننه (٢٢٦٢، ٢٢٦٣)، وابن حبان في صحيحه (٤٢٦٣، ٤٢٦٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٣٢٣، ٣٢٤، ٤١٤)، والبغوي في شرح السنة (٢٣٥١).

القاسم وغيره فابن القاسم يقول: هو طلقةٌ بائنةٌ. وبقوله: القضاء وهو قول أصبغ وحكى سحنونٌ عن غيره أنّها البتّة، وقول ابن القاسم هو الّذي عبّر عنه بالمرتضى لجريان العمل به وفي الوثائق المجموعة: قال محمّد بن أحمد: والمبارأة إذا انعقدت بغير شيءٍ يأخذه الزّوج من المرأة فهي طلقةٌ تملك بها المرأة نفسها لا يراجعها الزّوج في العدّة وبعدها إلاّ بوليٍّ وصداقٍ وشهود ورضاها في قول ابن القاسم وعليه العمل ا هـ كلام الشّارح وتقدّم عن الشّارح أنّ من أمثلة البدعيّ البائن الطّلاق المملّك، قال: وهو طلاق الخلع من غير خلع أي من غير عوضٍ وكأنّهم أرادوا بالخلع البينونة فالطّلاق البائن من غير عوضٍ هو المملّك.

وبائنٌ كلّ طلاقٍ وقعا   قبل البناء كيفما قد وقعا

العدة وبعدها إلاَّ بولي وصداق إلى آخر الخلاف المتقدم، ومحمد بن أحمد هو ابن العطار. وفي التوضيح ما نصّه: وكان ابن عتاب يفتي بأن من بارأ امرأته المبارأة التي جرى بها عرف الناس ثم طلقها بعد ذلك أن الطلاق يرتدف عليها ما لم تنقض العدة، وذلك استحسان على غير قياس مراعاة لمن رآها طلقة رجعية اهـ. بلفظه. وفي المواق عند كلامه على قوله هي حرام وهو أنه ينوي في الواحدة قبل الدخول ما نصّه: وانظر قد نصوا أن من طلق طلاق الخلع فهو بائن وهو طلاق زماننا فعليه صار حكم المدخول بها وغيرها سواء وبهذا كان أشياختنا وأشياخهم يفتون، وقد نصّ ابن بشير على هذا المعنى فانظره ، وتقدم قول ابن رشد: إن نوى بأنت طالق المبارأة فهي بائنة اهـ. وقد تبين من هذا كله أن الطلاق الملك هو ما تملك به المرأة نفسها أو تبين به الزوجة ولا عوض من جهتها يدفع للزوج وله صورتان: أن يقول أنت طالق طلاق الخلع، أو أنت طالق وينوي به المبارأة. وقد قال في المختصر: وبانت ولو بلا عوض نص عليه أي الخلع وتبين به أيضًا أن العامي إذا قال لزوجته أنت طالق ولا نية له فإنها تكون رجعية وإن كان جلّ العوام إنما يعرف الطلاق البائن دون الرجعي وذلك أن من قال: أنت طالق ونوى به المبارأة فيه خلاف، فأحرى إن لم تكن له نية لأن النية أقوى من العرف لتقدمها عليه بدليل قوله ثم بساط يمينه ثم عرف قولي بعد ذكر النية فافهم. ولكن انظر ما في الشرح ولا بدّ عند قول المتن ولا بلا عوض إلخ. وإذا فهمت الطلقة المملكة وما نقله المواق عن المشايخ علمت الحلف بالحرام في المدخول بها يصدق الحالف فيها بأنه نوى واحدة ولا يلزمه غيرها، لأن مالكًا إنما قال لا يصدق في المدخول بها أنه أراد واحدة في حلفه بالحرام منها، لأن الطلقة المملكة لم تكن هي الغالبة على الناس، والواحدة الرجعية لا تحرم بها المرأة بحيث تصير كالأجنبية وإنما تحرم بالثلاث وبطلقة بائنة كطلقة الخلع أو طلقة الحاكم ولا شيء منهما بموجود في الحالف بالحرام فحمل أمره على الثلاث، وأما بعد أن صار الناس يطلقون طلقة مملكة فإذا قال الحالف بالحرام أردت بالحرام طلقة تملك بها نفسها صدق لأنه ادعى ما يفعله الناس وهي تصير بها حرامًا كالأجنبية، ولذلك جرى العمل اليوم بأن في الحرام وما في حكمه طلقة واحدة بائنة، نعم إذا قال الحالف أردت الثلاث فلا إشكال في لزومه الثلاث، وانظر كلام الناس في هذا مبسوطًا عند قول المتن: والثلاث في بتة غاية وبه تفهم قول

يعني أنّ كلّ طلاقٍ وقع قبل البناء فإنّه بائنٌ (قال الشّارح: كيفما وقع) من كونه سنّيًا أو بدعيًا قال ابن سلمون: والطّلاق قبل البناء كلّه بائنٌ وقع على إسقاط أو غيره. وممّا يناسب أن يذكر هنا الطّلاق الّذي يوقعه الحاكم وهو كلّه بائنٌ مثل هذا إلاّ الطّلاق على المولي وفي عدم النّفقة. ا هـ ثمّ نقل فتوى بعض الشّيوخ بكون طلاق مثبتة الضّرر رجعيًا، قال: وهو غلطٌ قال مقيّده عفا اللّه عنه: وقد كنت قلت في ذلك تذييلاً لقول النّاظم: «وبائنٌ كلّ طلاقٍ وقعا» بيتًا هو:

كذا الّذي يوقعه القاضي عدا طلاق مولٍ معسرٍ رجعيٌ بدا

المواق، فصار حكم المدخول بها وغيرها سواء، أي المحلوف بتحريمها بقوله هي حرام مثلاً، وممّا يدل على ما نرومه قول ابن سلمون: اختلف في الذي يقول لامرأته أنت طالق وينوي به الثلاث فقيل إنما يلزمه طلقة وهو قول الحسن والثوري والأوزاعي وأحمد بن حنبل وغيرهم، قيل: إذا نوى الثلاث لزمته الثلاث وهو قول الشافعي ومالك وإسحاق، وسبب الخلاف في ذلك هو أن الطلاق هل يلزمه بالنية أم لا إلخ. وإذا كانت نية الثلاث لا تعتبر فكيف بمسألتنا؟ وقال اللخمي في الحالف بالحرام: إن كان سمع أن الحرام ثلاث حمل عليه وإن لم يكن علم وأخذ بقول من يقول إنها واحدة لم أتعرض له لأن لذلك وجهًا ولأنها حرام بالطلاق حتى يحدث رجعة إلخ. ونقله المواق وسلمه. وقد أفتى شيخنا القدوة سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي بأن العامي إذا قال لزوجته هي طالق إنما تلزمه طلقة رجعية وهذا مطلوبنا، ولكن إذا تأملت هذا وما نكتبه عند قول الناظم وموقع الطلاق دون نية علمت هذا، وانظر ولا بدّ ولا بدّ ما كتبناه في شرح ولو بلا عوض نص عليه في فصل الخلع تر العجب العجاب من كلام المحققين والله المعين، وأبو حنيفة موافق لما قاله أحمد بن حنبل كما في المعونة.

قوله: **(قال الشارح: كيفما وقع إلخ)** انظر عند قول المتن كطلاقه فإن الطلاق قبل البناء في الفاسد المختلف فيه هو طلاق بائن وإن أجمع على فساد فلا يلزم، وقد قال أيضًا: وهو طلاق إن اختلف فيه، وتقدم أن فرقة اللعان طلاق ويكون طلاقًا قبل البناء وفيه نصف الصداق، وتقدم ما تظهر فيه الثمرة هل هو طلاق أو فسخ؟ ولا فرق في المطلق قبل البناء أنه بائن طلقه الزوج اختيارًا أو دفع لذلك كما في قول المختصر وإن لم يدعه طلقها أي المعترض إلى غير ذلك، ولعل كلام الناظم يشمل هذا كله ممّا يكثر تعداده.

(ص) : وبالثلاث لا تحلّ إلاّ إلى آخر الأبيات الأربعة. وكلام هذا الشارح في شرح هذه المسألة حسن، فقد استوفى ما في المختصر وقوله فثالثها لابن القاسم إلخ ممّا يتفطن له وجوبًا في المبتوتة باعتبار القاضي أن يراعي في هذه المسألة قرائن الأحوال، فإن كان الذي تزوج هذه المبتوتة عدلاً مأمونًا لا يتهم على تحريمها على زوجها بإنكاره للوطء فقوله مقبول في إنكاره، وإن كان بخلاف ذلك فلا يقبل قوله ويرتكب القول الذي قال لا عبرة بإنكاره، وكم رأينا من هذا التحليل الذي لا يحل. وبعد أن ذكر أبو الحسن قول مالك أنه لا بدّ من اتفاق الزوجين على الإصابة قال

قال النّاظم رحمه الله.

وبالثّلاث لا تحلّ إلاّ من بعد زوجٍ للّذي تخلّى
وهو لحرٍّ منتهى الطّلاق وحكمها ينفذ بالإطلاق
هب أنّها في كلمةٍ قد جمعت أو طلقةٍ من بعد أخرى وقعت
وموقعٌ ما دونها معدود بينهما إن قضي التّجديد

يعني أنّ من طلّق زوجته ثلاثًا فإنّها لا تحلّ له إلاّ من بعد زوجٍ وهو معنى البيت الأوّل، والّذي تخلّى عنها هو الّذي طلّقها ثلاثًا، فللّذي يتعلّق بتحلّ وإنّما تحلّ له من بعد زوجٍ بشروط: الأوّل: أن يكون الزّوج الّذي تزوّجته بالغًا والزّوجة مطيقةٌ للوطء فلا تحلّ بنكاح غير البالغ ولا بوطء الزّوج البالغ من لا تطيق الوطء، فإنّ وطأها كالعدم، ولا يشترط بلوغها بل أن تطيق الوطء فقط. الثّاني: أن يطأها وطئًا مباحًا، فلو طلّقها قبل البناء أو بعد وطء غير مباحٍ كالوطء في الدّبر أو في نهار رمضان أو في الحيض فلا تحلّ بذلك. الثّالث: أن يتقارر الزّوجان على الوطء ابن الحاجب: فلو ادّعت الوطء بعد الدّخول وأنكره الزّوج فثالثها لابن القاسم إن كان بعد الطّلاق فالقول قولها، وقال ابن الحاجب أيضًا قبله: ويكفي إيلاج الحشفة أو مثلها من مقطوعها في القبل ولو كان خصيًّا على المنصوص. التّوضيح: قوله: ويكفي إيلاج الحشفة أي ولا يتوقّف على الإنزال، وفسّر مالكٌ في الموّازيّة العسيلة المشترطة بإيلاج الحشفة وقوله في القبل (ظاهره أنّها لا تذوق العسيلة إلاّ في القبل) وفهم من قوله ويكفي إيلاج الحشفة أنّ ما دون ذلك لا يكفي ابن القاسم: ولو وطئ فوق الفرج فأنزل ودخل ماؤه في فرجها وأنزلت هي فلا يحصنها ولا يحلها. وقوله: ولو كان خصيًّا يعني قائم الذّكر مقطوع الخصيتين. (الرّابع: الانتشار) في الوطء، أي قيام الذّكر لأنّ

ما نصّه اللخمي عن كتاب محمد إذا قال ذلك بقرب طلاقها لم تحل وإن لم يذكر ذلك حتى حلّت وأرادت الرجوع لم يصدق، قال: وقول مالكٍ أحسن لأنها محرمة بيقين، وهذه التفرقة لا بأس بها ولا تنافي ما أشرنا إليه، ألا ترى أن الزوج إذا كان مأمونًا وقال ذلك بالقرب فيقوى عدم التحليل، وإن كان غير مأمون مع البعد فيقوى عدم التحليل، والمعتبر هي القرائن وهي تفيد اليقين، وكثير من الأزواج لا يعرف هذا ولكن تلقنهم شياطين الإنس نسأل الله السلامة، ورأينا من ذلك كثيراً حين ظهر القضاء بقضائنا بالمدينة البيضاء فاس الجديدة أدامها الله للإسلام، وانظر الشرح ففيه كلام في إنكارها هي الوطء ونحو ذلك وإنكار الزوج. قوله: **(ظاهره أنها لا تذوق العسيلة إلاّ في القبل)** هذا لا إشكال فيه لأن الوطء في الدبر حرام، ومن شرط التحليل أن يكون الوطء حلالاً، وبيّنا هذا بكلام الناس غاية في الشرح. قوله: **(الرابع الانتشار إلخ)** أي ولو كان الانتشار إنما حصل بعد الإيلاج وهو كذلك كما في نقل أبي الحسن. **تكميل:** قال في المختصر:

العسيلة لا تحصل إلاّ به، هذا هو المشهور والشاذّ لابن القاسم في الموازيّة. الخامس: علم الزّوجة خاصّةً بالوطء وهو قول ابن القاسم وقال أشهب علم الزّوج. وقال ابن الماجشون ولو كانا مجنونين حلّت. قاله ابن الحاجب التّوضيح: ورأى اللّخميّ أنّها لا تحلّ إلاّ بأن يكونا عالمين لقوله ﷺ: «حتّى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»(٨٠) السّادس: أن يكون النّكاح صحيحًا ابن الحاجب: ولا تحلّ بنكاحٍ غير صحيحٍ كنكاح المحلّل، ثمّ قال: ولا تحلّ الذّمّيّة بنكاح الذّمّيّ لفساده على المشهور. السّابع: أن يكون النّكاح لازمًا ابن الحاجب: ولا بنكاحٍ غير لازمٍ كنكاح العبد المتعدّي ونكاح ذات العيب أو المغرورة أو ذي العيب أو المغرور إلاّ إذا لزم بإجازة السّيّد ورضي الزّوج أو الزّوجة ووطئ بعد اللّزوم التّوضيح: قوله: المغرور أو المغرورة أي بالحرّيّة، وقوله: إلاّ إذا لزم بإجازة السّيّد راجعٌ إلى العبد، وقوله: ورضي الزّوج أو الزّوجة راجعٌ إلى صورتي العيب والغرور، وقوله: ووطئ بعد اللّزوم يعني في الخمسة. ا هـ ابن الحاجب ولا تحلّ بعقد ولا بوطء ملك، قوله: وهي لحرٍّ أي الثّلاث يعني وأمّا العبد فطلقتان، وقوله: وحكمها أي حكم الثّلاث، وحكم الثّلاث هو تحريم الزّوجة إلاّ بعد زوجٍ، وإلا طلاق يفسّره ما في البيت بعده يليه وهو أنّه لا فرق بين أن يطلّقها ثلاثًا في كلمة كقوله: أنت طالقٌ ثلاثًا. أو يطلّقها ثمّ يراجعها ثمّ يطلّقها إلى الثّلاث الحكم واحدٌ، إلاّ أنّه في ثلاث مرّاتٍ مجمعٌ عليه، وفي كلمةٍ فيه خلافٌ ضعيفٌ.

وعلم خلوة في شروط التحليل فقال اللخمي: يشترط في التحليل ثبوت النكاح بعدلين وثبوت الخلوة بامرأتين. وقال ابن رشد: جرت عادة قضاة العصر بمنع المبتوتة من رجعة مطلقها حتى يثبت دخول الثاني بها دخول اعتداد، وأنه كان يبيت عندها ويتصرف عليها تصرف الأزواج على الزوجات، وما علموا في نكاحها ريبة ولا دلسة اهـ. وقال: حاولوا القول عند قضاة تونس اليوم تكليفه عند العقد بإثبات أنه لا يتهم بتحليل المبتوتة فحينئذ يحل له تزوجها، ثم إن طلقها لم تبح لزوجها إلاّ بعد ثبوت البناء بها وهو حسن لا سيما مع فساد الزمان اهـ. وهذا كلام صحيح. ومن كان قاضيًا مراقبًا لله تعالى علم ما أشرنا إليه، وما أحسن اعتبار الأزواج هنا والتفريق بين المأمون وغيره ومراعاة القرائن، وفي مثل هذا يحتاج القاضي إلى فطنته وذكائه متوكلاً على من قضى عليه بابتلائه، وما شرطوه هنا في نكاح المبتوتة يشترط في وطئها بالملك، فمن تزوج أمة وهو حر وطلقها ثلاثًا ثم اشتراها فلا يطؤها بالملك إلاّ بعد تزوجها مع الشروط المذكورة، والحاصل هذا لخصناه من كلام النّاس وبقي كلام كثير في الشرح ينتفع به من وقف عليه.

---

(٨٠) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٦٣٩، ٥٢٦٠، ٥٢٦١، ٥٢٦٥، ٥٣١٧، ٥٧٩٢، ٥٨٢٥، ٦٠٨٤)، ومسلم (١٤٣٣)، وأبو داود (٢٣٠٩)، والترمذي (١١١٨)، والنسائي (٣٤٠٧)، وابن ماجه (١٩٣٢)، وأحمد في المسند (٦/ ٣٤، ٣٧، ٣٨، ٤٢، ١٩٣، ٢٢٦، ٢٢٩)، والحميدي في مسنده (٢٢٦)، والدارمي في سننه (٢٢٦٨)، وابن حبان في صحيحه (٤١١٩، ٤١٢٠، ٤١٢٢)، وعبد الرزاق في المصنف (١١١٣١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٣٧٣، ٣٧٤)، والبغوي في شرح السنة (٢٣٦١)، وفي تفسيره (١/ ٢٠٨).

ابن ناجي: مذهبنا لزوم الثّلاث، وقيل بلزوم طلقة واحدة انظر تمام كلامه وانظر الفائق في أحكام الوثائق لسيّدي أحمد الونشريسيّ فقد أطال في المسألة بنحو ورقتين وذلك قبل ترجمة نوازل الطّلاق وفروعه. قوله وموقع ما دونها - البيت - والمعنى أنّ من أوقع من الطّلاق ما دون الثّلاث من واحدة أو اثنتين فإنّ ما أوقعه معدودٌ عليه ومحسوبٌ عليه إن قضى الله تعالى بتجديد النّكاح بينهما، فإذا طلّقها ثمّ راجعها فتبقى عنده على طلقتين، وإذا طلّقها طلقتين ثمّ راجعها فتبقى عنده على طلقة، ولو تزوّجت غيره في خلال ذلك ثمّ راجعها فإنّه يحسب عليه ما كان طلّقها قبل تزوّجها لغيره؛ لأنّ النّكاح الأجنبيّ لا يهدم إلاّ الثّلاث، فلو زاد النّاظم بعد وموقع ما دونها معدودٌ البيت قوله مثلاً:

ولو تزوّجت لغيره ولا يهدم ذا إلاّ الثّلاث مسجّلاً

ومعنى مسجلاً مطلقًا، ومعناه أنّ نكاح الأجنبيّ يهدم الثّلاث كانت في كلمةٍ واحدةٍ أو كلماتٍ.

فصل في الخلع

والخلع سائغٌ والافتداء فالافتداء بالّذي تشاء

والخلع باللازم في الصّداق أو حملٍ أو عدّةٍ أو إنفاق

وليس للأب إذا مات الولد شيءٌ وذا به القضاء في المدد

الرّصّاع: لم يعرّف الشّيخ الخلع، ووقع لبعض الشّيوخ من تلامذته أنّه عرّفه بقوله: عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزّوج العوض. ثمّ قال: (والصّواب أن يقال في رسمه) صفةٌ حكميّةٌ ترفع حلّيّة متعة الزّوج بسبب عوضٍ على التّطليق. وقوله: والخلع سائغٌ إلخ يعني أنّ (الخلع جائزٌ) والافتداء به كذلك جائزٌ، ثمّ فسّر

فصل في الخلع

والخلع جائز والافتداء إلى آخر الأبيات الخمسة. قوله: **(والصواب أن يقال في رسمه إلخ)** رسم خليل أو جزء من هذا وهو قوله: وهو الطلاق بعوض مع كونه صحيحًا في نفسه، فقوله الطلاق أي لا الفسخ، وقوله بعوض يشمل المال ولا إشكال ومؤن الولد ونحو ذلك كما بيّناه في الشرح والعوض فيه لا يحتاج إلى حوز، ويفهم ذلك من قوله بعوض إذ الأعواض لا تحتاج إلى حيازة وهو بائن بدليل قوله: وبانت ولو بلا عوض، وهو راد بما ذكره على من خالف في بعض ما ذكر وبيّناه في الشرح. قوله: **(الخلع جائز إلخ)** الجواز هو قول المختصر جاز الخلع وذلك هو المذهب باعتبار أصله، وقد تعرض له أحكام باعتبار ما يعرض له، وذكر ابن الحاجب إباحته، قال

كلاً منهما (ففسّر الافتداء) بأنّه افتداء الزّوجة ببعض مالها، وفسّر الخلع بأنّه الافتداء باللازم في الصّداق (وبمؤنة حـمل) وخراج عدّة وإنفـاق على ولد، (وهذا الفرق مـجرّد اصطلاح) لأهل كتب الأحكام. ومعنى قـول الموثّق في وثيقة الطّلاقَ وتحمّلت له بخـراج عدّتها يعني كراء مسكنها مدّة العدّة فيلزمها ذلك إن كانت الدّار بكراء أو التزمت غرم الكراء له إن كانت الدّار له. قاله في وثائـق الفشتاليّ فإذا مات الولد الّذيّ التـزمت الزّوجة الإنفاق عليـه فلا يجب عليها لأبيـه بعد موته شيءٌ على ما جرى به الحكـم والقضاء في هذه الأزمنة، وعلى ذلك نبّه بقـوله: وليس للأب إذا مات الولد البيت قـال في المقرّب: قلت له: فمـا المبارأة؟ وما الخلـع؟ وما الفدية؟ قـال المبارأة أن تقـول المرأة لزوجهـا قبل البناء: خـذ ما أعطيـتني واتركني. والخلع أن يختلع بالّذي لها كلّه. والفدية أن تفتدي ببعضٍ وتمسك بعضًا. قلت: أفيحلّ للزّوج مـا أعطته على ذلك قال نعم إذا لم يكن عن إضرارٍ منه لها وقـد قال مالكٌ: ما رأيت أحدًا ممّن يقـتدى به يكره أن تفتدي المرأة بأكـثر من صداقهـا. وقال تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة:٢٢٩] وهذا إذا لم يكن عن إضرارٍ من الزّوج بها ولا تضييقٍ عليها. قال الشّارح - رحمه الله -: اختصر الشّيخ - رحمه الله - ذكر المبارأة وهي في المدوّنة مع الخلع والفدية في نسقٍ واحد. وفي المقـرّب: قلت له: فإن اختلعت منه على أنّه لا سكنى على الزّوج فقال إن كانّ إنّما شرط عليها كراء المنزل الّذي تعتدّ فيه فذلك جائزٌ مثل أن تكـون في مسكن الكراء، وكـذلك إن كانت تسكن في مـسكن الزّوج فاشـترط أنّ عليها كـذا وكذا درهمًا في كراء المسكن فذلك جـائزٌ أيضًا. وإن كان إنّما اشـترط عليها أن تخرج من المنزل الّذي تعـتدّ فيـه فهذا لا يجوز في قـول مالك وتسكن بغيـر شرطٍ والخلع ماضٍ. قلت له: فإن اخـتلعت منه على أنّ نفقة الزّوج ونفـقة الولد عليها إلى فطامـه فقال سمـعت مالكًا يقـول: إذا اختلعت المرأة من زوجـها على أن ترضع ولده وتنفق عـليه إلى فطامه أنّ ذلك جائزٌ، وإن ماتت كان الرّضاع والنّفقـة في مالها، وفيه قال ابن القاسم قلت لمالكٍ فـإن مات الولد قبل الحـولين أيكون للزّوج على المرأة شيءٌ؟ فـقال: مـا رأيت أحدًا طلبً ذلك. وكأنّه ذهـب إلى أنّها إنّما أبرأته من رضـاع ابنه حتّى تفطمـه، وإن ذهب قبل ذلك لم يكن للزّوج عليها شيءٌ. ا هـ فقوله: فالافتداء بالّذي تشـاء أي بما تريده من مالها

في التوضيح: وقال ابن القصار هو مكروه واقتصر عليه صاحب المقدمات وجعله من طلاق البدعة يعني لأنه يبين المدخول بها. قوله: (ففسر الافتداء إلخ) تفسير المدونة في شروح المختـصر فلا تحتاج لنقله لوضـوحه. قوله: (وبمؤنة حمل إلخ) هذه المسائل التي أشار لـها هذا الشارح هي في المختصر حيث قال: وجاز شرط نفقة ولدها مـدة رضاعة فلا نفقة للحمل وسقطت نفقة الزوج أو غيره وزائد شرط كـموته، وإن ماتت أو انقطع لبنها أو ولدت ولدين فعليـها إلخ. وذكر قبل هذه مسألة السكنى بقوله عاطفًا على ما لا يجوز وخروجـها من مسكنها وانظر بيانها في الشرح غاية.
قوله: (وهذا الفرق مجرد اصطلاح إلخ) قف على الشرح فإن المناسب موجودة في الجملة.

دون ما لم ترده فيفهم منه أنّ الافتداء ببعض مالها لا بكلّه، فالافتداء مبتدأٌ وبالّذي خبره لا متعلّقٌ به، وقوله: والخلع باللازم إلخ الخلع مبتدأٌ وباللازم خبره أي بالّذي هو لازمٌ لها عليه من صداق لم تقبضه أو حـمل عطفٌ على الصّداق مدخولٌ لازمٌ أي باللازم في الحمل من النّفقة عليـه، واللازم في العدّة أي من كراء المسكن كما تقدّم عن وثائق الفـشتاليّ وباللازم في الإنفاق على الولد بعد وضعه. وقوله: وليس للأب أي ليس لأب الولد شيءٌ على المرأة إذا مات الولد قبل انقضاء المدّة الّتي التزمت نفقته فيها للأب.

والخلع بالإنـفـاق مـحـدود الأجل بعـد الرّضـاع بجـوازه العـمل
وجـار قـولاً واحـدًا حـيث التـزم ذاك وإن مـخـالعٌ بـه عـدم

(يعني أنّ العمل) على جواز الخلع أن تنفق المرأة على الولد أجـلاً محدودًا بعد حولي الرّضاع يلزمـها ذلك، ومـذهب المدوّنة سقوط نـفقة الزّائد على الحـولين التّوضـيح: وقال المخزوميّ والمغيرة وابن الماجشون وأشهب وابن نافع وسحنونٌ لا تسقط، وهو الصّواب عند جماعة الشّيوخ. حـتّى قال ابن لبـابة الخلق كلّهم على خلاف قـول ابن القاسـم وروايته المتيطيّ: قال غير واحد من الموثّقين والعمل على هذا القول، ووجهه ظاهرٌ، لأنّ غايته غررٌ، والغرر جائزٌ هنا، وفي المسألة قولان آخران: الأوّل: رواية ابن زياد عن مالك أنّه يجوز في العامين وما قاربهمـا لا فيما كثر، والثّاني: قال أصبغ أكرهه ابتـداءً فإن وقع أمضيته ا هـ. قوله: وجار قولاً واحدًا البيت منه يفهم أنّ ما قبله مختلفٌ فيه وهو كذلك، وقد تقدّم قريبًا أنّ فيه أربعـة أقوال، وأشار بهذا البيت إلى قوله فـي التّوضيح إثر ما تقدّم متّـصلاً به. قال

قوله: **(يعني أنّ العمل إلخ)** هذا هو قول المختصر أي في مقابله، وزائد شرط وقد رأيته وما به العمل قال فـيه ابن سهل في أحكامه الكبـرى ما نصّه: وعلى قول سحنون ومن وافـقه العمل وجرت الفتـوى في جواز المباراة على التزام الزوجـة أو غيرها النفقة على الولـد أعوامًا تزيد على عامي الرضاع وعليه وضع الموثقون وثائقـهم اهـ. وعلى هذا العمل جرى أهل فاس وقاها الله من كل بأس وهو في اللامية وشرحها، وانظر قول ابن سهل أو غيرها فهي زيادة حسنة، وفي المختصر وبعوض من غـيرها وفي البـرزلي آخر نوازل النكاح مـا نصّه: قال الرمـاح إن التزمت الأم نفـقة البنات على أن لا ينزعن منها وإن تزوجت لم يجز ذلك وعلى أن يكون الأمـر إليها في تزويجهن ويكون العاقد غيرها فيجوز، قال البرزلي: قلت في الأول نظر على القول بجواز الخلع بالغرر وأن النفقة تلزم بعد الحولين، وعلى الجواز عمل الناس اليوم في شرطها، وإن تزوجت وبدّلت الأزواج مسافرة كانت أو حاضرة، وأما على أن تزوجهن بنفسـها ففاسد وبغيرها فقال يجوز، وهل هو من قبيل اللزوم وليس له عزلها وهو ظاهر هذه الفتـيا أو يجوز له أن يعزلها إلخ. ولكن ذكر الحطاب في التزاماته أنه لا سبيل لعزلها وذلك هو الحق إن شاء الله تعالى، وقول البرزلي عمل الناس اليوم إلخ دال لما نظمه في اللامية فافهم.

اللّخميّ وغيـره: وهذا الخلاف إنّما هو إذا وقع الخلع على ذلك ولم يشـترط إثبات ذلك - إن مات الولد - ولا سقوطه. وأمّا لو شرط الأب نفـقة الابن مدّةً معلومةً - عاش الولد أو مات - فيجوز عند ابن القاسم وغيره فلو مات الولد أخذ الأب ذلك منها مشاهرةً حتّى يتمّ الأجل وكذلك الأب ا هـ. وفي الوثائق المجموعة: فإن مات الابن في المدّة لم يكن للزّوج رجوعٌ فيما بقي لأنّها إنّما تحمّلت عنه دفـع مؤنته، ولو ماتت هي وقف من مالها قدر مؤنة الابن إلى انقضاء المدّة، فإن مات الابن قبل انقضائها رجع ما بقي ممّا وقف إلى ورثة المرأة، وأمّا إن أفلست المرأة رجع ذلك الموقـوف إلى الغرماء إن كـان بقي شيءٌ من ديونهم للزّوج محاصّة الغـرماء بالنّفقة، وأمّا لو اشتـرط الزّوج نفقة الصّبيّ مدّةً معـلومةً - عاش أو مات وذلك للأب لازمٌ على الأمّ - لجاز ذلك على قول ابن القاسم وغيره، ومراد النّاظم بالمخالع به: الولد. معنى عدم مات، وفاعل جاز يعود على الخلع وذلك إشارةٌ لنفقة الولد.

وللأب الـتّـــــرك مـن الصّـــــداق أو وضـــــعـــــه للـبكر في الـطّلاق

(يعني أنّه يجوز للأب أي دون غيره) من سائر الأولياء إذا زوّج بنته البكر أن يضع من

قوله: **(يعني أنه يجـوز للأب أي دون غـيـره إلخ)** هذا قـال فيـه في المخـتـصر في فـصل التفويـض، وجاز عفو أبي البكر عن نصف الصـداق قبل الدخول بعد الطلاق ابن القـاسم وقبله لمصلحة، وهل هـو وفاق؟ تأويلان. وقال في فـصل الصداق: ولم يلزم تزويج آذنة غـير مجـبرة بدون صداق المثل إلخ. وقوله أبي البكر المراد الأب المجـبر فتدخل المعنسة والثيب الصـغيرة لقوله في الجبر ولو عانسًا والثيب إن صغـرت وخرج الوصي ولو مجبرًا لأنهم علّلوا عفو الأب بكونه له فرط الشفقة وقـوله قبل الدخول إلخ. هذا محل الآية الشريفة لأنه بعد البناء أخـذ الزوج سلعتها التي الصداق عوض عنهـا وصار مالاً من مالها بلا خلاف، وقبل الطـلاق هو مرتج لقبض عوض صداقـه، وسكت خليل عن عفـو السيد والـرشيدة لأن ذلك لا يتـقيد بطـلاق ولا بنصف، وأما المهملة فلا عفو لها، وكذلك الصغيرة التي لا أب لها ولها وصي فلا عفو لها ولا لوصيها أو ولي غيره، ويدل لما قلنا قـول المختصر صدر كـتاب التفويض والرضا بدونه للمـرشدة وللأب ولو بعد الدخول وللـوصي قبله لا المهملـة، وهذا أخف من مسألة العـفو لأن هذه الأمـور لم تملك فيـها الزوجة شيئًا أسقطه الأب مثلاً، ولا كذلك مسألة العفو، وكذا تزويج الأب بأقل من صداق مثلها فافهم. وقوله: ولم يلزم إلخ كلامه يشمل السفـيهة وهي الثيب البالغ إذا أذنت لأبيها في التزويج وزوجها بـأقل من صداق مثلها فـإن ذلك النكاح لا يلزمها وذلك لأنهـا غير مجـبـرة إذ لها أن لا تتزوج فلا تجـبر على بخس سلعتها، ويـشمل البكر باعتبار الوصي غـير المجبر لها وهذا مـقصود المتن، وأما مجبرة الأب فيزوجها بأقـل من صداق مثلها لأنها أجبرت في ذاتها فكيف بالمال إذ هو العارف بمصالحها فلا يتهم في ذلك، والوصي المجبر في مجبرته كالأب في جبرها بأقل من صداق المثل، فالمـدار على الجبر إذا وجـد جاز أقل من صـداق المثل وإذا انتفى الجـبر انتـفى ذلك، وأما الصغـير الذكر إذا أجبـر على النكاح فلا يلزمه أكثـر من صداق المثل لأنه معط للمـهر ومنفق ولا

صداقها مـا يراه سداداً ونظراً لابنته، وله أيضًا أن يضع جميعـه في الطّلاق قبل المسيس قال في الوثائقَ المجموعة: قال محمّـد بن أحمد قال ابن القاسم: للأب أن يضع عن زوج ابنته البكر الّتي في حـجره وتحت ولاية نظره من مـعجّل مـهرها ومـؤجّله ما يراه سـداداً ونظراً لابنته، وله أيضًا أن يؤخّر به، وليس له أن يضـع جميع المهر إلاّ على الطّلاق، وليس ذلك للوصيّ ولا للوليّ.. وفي النّوادر من كتـاب محمّد: قـال مالكٌ: للأب أن يزوّج البكر بأقلّ من صداق مثلها على النّظر ولا يحطّ من الصّداقَ بعـد العقد إلاّ على الطّلاق أو بعد وقوع الطّلاق قبل البناء يهبـه للزّوج، فذلك جائزٌ عليها. وفي ابن الحـاجب وعفوه في البكر عن نصف الصّداق بعد الطّلاق ماضٍ لا قبله. وعن ابن القـاسم إلاّ بوجه نظرِ التّوضيح: لقوله تعالى: ﴿**وإن طلّقتموهنّ من قبلِ أن تمسّوهنّ وقد فرضتم لهنّ فريضةً فنصفُ ما فرضتم إلاّ أن يعـفون**﴾ [البقرة:٢٣٧] أي النّساء المالكات لأمـرهنّ عن النّصف الّذي لهنّ ﴿**أو يعـفو الّذي بيده عقدة النّكاح**﴾ [البقرة:٢٣٧] ومذهب مالكٍ أنّ الّذي بيده عقدة النّكاح هو الأب.

كذلك البنت، وأما الرشيـدة فالأمر إليها في الزوج والصدق، والأب بالنسبـة إليها كالأخ، ولكن هذه مسائل صعاب لا تحيط بها إلاَّ إذا نظرت المحال المذكورة في الشرح.

تنبيه: قال في التهـذيب في النكاح الأول ما نصّه: ومن زوج ابنته الصغـيرة بأقل من صداق المثل إن كان على وجـه النظر اهـ. فانظر قـوله إن كان على وجه النظر أنـه إذا لم يكن كذلك لم يجز، وقـد رأينا كثـيراً أن بعض الآباء إذا كـان محتـاجًا يدفع له الزوج دراهم تسـمى المأكلة في البوادي ويرخص عـليه من أجل ذلك صداق ابنتـه من غيـر نظر لها في ذلك ولا صـلاح لتتم له العطية، فليتنبه القاضي لهذا فإنه ظلم وهو كـثير جدًا وهو حرام ومنكر، والأمثال هذا يجب التنبّه لأن بعض الطلبة ممّن قـصر نظره إذا سمع أن الأب له أن يزوج ابنته المجبـرة بأقل من صداق المثل أخذ بذلك مطلقًا وذلك لا يجوز. (ص):

(وينفـذ الطـلاق بالتصـريح وبـالكناية على الصحـيح)

حاصل ما ذكره هذا الشارح أن الألفاظ التي تطلق بهـا المرأة صريح وكناية. فالصريح ما فيه الطاء واللام والقاف أو ما نطق به القرآن من الطلاق والفراق والسراح. والكناية ثلاثة أقسام: كناية ظاهرة ومحـتملة وما ليس بصـريح ولا كناية، والكناية الظاهرة ما هو في العرف مـثل أنت حرام طلاق، والمحتملة مثل اذهبي وانصرفي، ومثال الخـارج عنهما اسقيني ونحوه، وحكم الصريح أنه لا يقبل من صاحبه أنه لم يرد الطلاق قامت عليه بينة أو كان مسـتفتيًا مقرًا أنه قصد النطق باللفظ الصريح، وحكم الكناية الظاهرة كذلك أنه لا يقبل منه أنه لم يرد بها الطلاق، واختلف في اللازم بها على ما تراه إن شاء الله تعالى، والمحتـملة تقبل دعواه أنه لم يرد به الطلاق وفي عدده إذا قال أردت به الطلاق فإن قصـد ولا نية فالبتات، وأما اسـقيني ماء مثلاً فالطلاق يلزمـه به إن قصد به طلاق الزوجـة على المشهـور، وابن مرزوق قـال: الكناية الظاهرة مـثل خلية والمحـتملة كـاذهبي

في ابنتــه والسّيّــد في أمتــه، ومذهب أبي حنيـفة والشّـافعيّ أنّه الزّوج ينبـغي له أن يكمّل الصّداق، وقال بكلٍّ من القولين جماعةٌ.

وينـفـــذ الطّلاق بالـتّـــصـــريح وبالـكنايـات على الصّـــحـــيح

أشار بالبيت إلى أنّ الـطّلاق يلزم باللّفظ الصّريح وبالكناية[٨١]، واللّفظ أحد أركان الطّلاق، والطّلاق له أركـانٌ أربعةٌ: الأوّل: وهو الزّوج، والمحلّ وهو الزّوجـة، والقـصد، واللّفظ. فـالأهل مسلمٌ مكلّفٌ فـلا ينفذ طلاق الكافـر ولا الصّبيّ ولا المجنـون، بخلاف السكران فيمـضي طلاقه، والمحلّ شرطه أن يملكه الزّوج قبل الطّلاق، والملك إمّا تحـقيقًا أو تعليقًا، فلو قال لأجنبيّة: إن دخلت الدّار فـأنت طالقٌ فنكحها فدخلت الدّار فلا شيء عليه إلاّ أن ينوي إن نكحتكِ فلـو قال: إن نكحتك فـأنت طالقٌ فالمشهـور اعتبـاره وتطلق عليه عقب العـقد عليهـا ويلزمه نصف الصّـداق. وإن دخل بها فالصّـداق كاملاً، والقـصد هو القصد للطّلاق فلا أثر لسبق اللّسان إذا جاء مستفتيًا، ولا أثر للّفظ يجهل معناه كما إذا قيل لأعجميٍّ قل زوجـتي طالقٌ فقاله فلا يلزمـه لعدم القصد. ولا أثر لطلاق الإكـراه كنكاحه وعتقه وغيره لعـدم القصد، واللّفظ صريحٌ وكنايةٌ وغيرهما، فالصّريح مـا فيه صيغة طلاق مثل أنت طالقٌ أو أنا طالقٌ فلا يقبل قوله: لم أرد به الطّلاق إذا قامت عليه البيّنة، وكذلكَ لا يقبل منه في الفتـوى إذا أقرّ على نفسه أنّه أتى بهذا اللّفظ (قـاصدًا إلى النّطق به) وقال:

وانصرفي، وكنايـة لا يقتضي لفظهـا طلاقًا كقـوله اسقيني إلـخ، والتقسـيم الأول لابن الحاجب والخـلاف بينه وبين ابن مـرزوق في اسقـيني، فـالثاني يجـعله من الكنايـة ولكن لم يقل هي من المحتملة وإنما جعلها قـسمًا برأسها لأن لفظها لا يقتضي طلاقًا أصلاً، وكـذلك المحتملة كانصرفي لأنه مناسب للطلاق، إذ المرأة إذا طلقت تنصـرف لأهلها أو عن زوجها، وابن شـاس ذكر الكناية الظاهرة ثم قال: ويلحق بها الكناية المحـتملة ثم قال: وأما ما عدا الصريح والـكناية فهو ما ليس من ألفاظ الطلاق ولا محتـملاته كقوله اسقيني إلخ فهو موافق لابـن مرزوق وهي طريقة الأكثر، ولذلك قـال المصنف عن طريقة أكـثر الفـقهاء وهي أن الطـلاق ينقسم إلى قـسمين فقـط صريح وكناية، لأن المصنف رأى أن اسقيني ماء لا ينبغي عدّه من الكنايات لأن الكناية استعمال اللفظ في لازم المسمّى لكن هذا اصطلاح ولا مناقشة فـيه إلخ. وبعضهم هنا يعبر عن المحتـملة بالخفية وهو مناسب لأنه مـقابل للظاهرة والأمـر في هذا قريب. وقـول هذا الشارح: **(قاصداً إلى النطق به)** ظاهر ذلك كاف في الطلاق ولو لم ينو به الطلاق وكذلك ذكـر غيره، ولكن في ذلك كلام طويل قف عليه إن شئت، فـإن وقفت تر الحق في المسألة إن شاء الله تعالى، وقد قـال في المختصر في هذا ما نصّه: ولفظه طـلقت ثم قال والثلاث في بتة وحبلك على غـاربك أو واحدة بائنة أو نواها بخليت سـبيلك أو ادخلي والثلاث إلاّ أن ينوي أقـل إن لم يدخل بها في كالميـتة إلخ. وتحـصيل

---

(٨١) الكناية: الكلام على الشيء بما يستدل به عليه ولم يصرح.

لم أرد به الطّلاق إذا قامت عليه البيّنة، ويلزمه، والكناية قسمان: ظاهرٌ ومحتملٌ فالظّاهر ما هو في العرف طلاقٌ مثل سرّحتك، وفارقتك، وأنت حرامٌ، وبتّةٌ، وبتلةٌ، وخليّةٌ، وبريّةٌ، وبائنٌ، وحبلك على غاربك، ونحو هذا. وهو كالصّريح في أنّه لا يقبل منه أنّه لم يرد به الطّلاق واختلف في اللازم في ذلك على ستّة أقوال حكاها ابن الحاجب قال في التّوضيح: وهي راجعةٌ إلى ثلاثة أقوال: الأوّل: أنّها ثلاثٌ واختلف على هذا القول هل هي الثّلاث في المدخول بها وغيرها ولا ينوي، أو الثّلاث وينوي فيها، أو ينوي في غير المدخول بها فقط؟. والقول الثّاني: أنّها طلقةٌ. واختلف عليه، فقيل بائنةٌ وقيل رجعيّةٌ. والقول الثّالث: أنّها ثلاثٌ في المدخول بها وواحدةٌ في غير المدخول بها. ا هـ والكناية المحتملة مثل اذهبي، وانصرفي، واعزبي، وأنت حرّةٌ، ومعتقةٌ، والحقي بأهلك، ولست لي بامرأة، أو لا نكاح بيني وبينك. فتقبل دعواه في أنّه لم يرد به الطّلاق. وفي عدده إذا قال: أردتُ الطّلاق وقصدت واحدةً أو أكثر قبل ذلك منه. قال أصبغ: وإن نوى به الطّلاق ولم ينو عدداً فهو البتّة مدخولاً بها أم لا قاله في التّوضيح. والقسم الثّالث: وهو ما ليس بصريحٍ ولا كناية فذلك مثل اسقيني الماء فإن قصد به الطّلاق وقع على المشهور، وفيها كلّ كلامٍ ينوي به الطّلاق فهو طلاقٌ. ا هـ وجميع ذلك من ابن الحاجب وجلّه باللّفظ، وقد بحث في التّوضيح في بعض الألفاظ الممثّل بها فليراجعه من أراده. ونقل الشّارح عن الكافي أنّ صريح الطّلاق ما نطق به القرآن العظيم من الطّلاق والسّراح والفراق قال تعالى: **﴿فطلّقوهنّ لعدّتهنّ﴾** [الطلاق:١] وقال: **﴿فأمسكوهنّ بمعروف أو سرّحوهنّ بمعروف﴾** [البقرة:٢٣١] وقال في الآية الأخرى: **﴿أو فارقوهنّ بمعروف﴾** [الطلاق:٢]. ثمّ قال: قال ابن مرزوقٍ في منهجه السّالك: وله يعني الطّلاق لفظان: صريحٌ وكنايةٌ، فالصّريح ما جاء

المسألة أن الكنايات الظاهرة كلها ينوي فيها أنه أراد الواحدة قبل البناء بلا استثناء لشيء منها وحيث ينوي، فمع يمينه ما عدا البتة فإنه لا ينوي في الواحدة قبل البناء على خلاف قوي غاية، ولولا حرمة المدونة لأجريناها كغيرها إذ ذلك هو القول القوي وشهره غير واحد واقتصر عليه كثير ويظهر رجحانه على ما في المدونة، وعلّل اللخمي ذلك بأن الواحدة البائنة يحصل بها البت، وقد جلبنا كلام الناس فيها في الحاشية والشرح، وكلام المختصر في هذا معترض باعتبار أنه لم ينبه على مقابل ما في المدونة مع قوته غاية، وقول المصنف: والثلاث في بتة وحبلك على غاربك أو واحدة بائنة إلخ ظاهر في أنه لا ينوي قبل البناء في واحدة بدليل قوله أن بعيده والثلاث إلاّ أن ينوي أقل إلخ. أما البتة وحبلك على غاربك فتبع في ذلك المدونة فلا اعتراض عليه في اتباعها من حيث الاتباع لها، وفي حبلك على غاربك رجحان التصديق في إرادة الواحدة قبل البناء، وأما واحدة بائنة فلا اعتراض عليه أصلاً، لأن واحدة بائنة في غير المدخول بها ظاهر أنه إنما يلزم فيها واحدة بائنة إذ كل مطلقة قبل البناء فطلاقها واحدة بائنة، وكذا قوله أو نواها به إلخ وكأنه يقول: لا فرق بين أن يقول أنت طالق واحدة بائنة أو يكني عنها، ولذلك قال في المدونة: وإن قال لها

فيه لفظ الطّلاق كقوله: أنت طـالقٌ وشبه ذلك، والكناية على ثلاثة أضرب: كنايةٌ ظاهرةٌ: كخليّة، وبريّة، وحرام، وحبـلك على غاربك، وهي ثلاثةٌ في المدخول بها وينوي في أقلّ في غير المدخول بها. وكنايةٌ محتملةٌ كقوله: اذهبي وانصرفي وشبه ذلك. وكنايةٌ لا يقتضي لفظها طلاقًا كقوله: اسقيني ماءً أو ألبسيني ثيابك فلا شيء عليه إلاّ أن ينوي الطّلاق ا هـ. فجعل الكناية ثلاثة أقسام وإن قصـد الطّلاق باسقيني الماء ونحوه من الكناية، وتقدّم أنّ ابن الحاجب جـعله قسـمًا ثالثًـا ليس من الصّريح ولا من الكنـاية، قال الشّارح: قـول النّاظم وبالكنايات بلفظ الجـمع يريد أضـربها الثّـلاثة الّتي فصّلهـا ابن زرقون إليـها إذا أريد بـها الطّلاق. ا هـ وهو ظاهرٌ إلاّ أنّه يبـقى النّظر في مقـابل الصّحـيح ما هو فاللّـه أعلم. قال الرّصّـاع في شرح النّكاح الّذي تحلّ به المطلّـقة ثلاثًا للّذي طلّقـها: والفـرق بين التّعـريض والكنابة أنّ الكناية إنّما يذكر الشّيء بذكر لازمه كـقولنا: فلانٌ طويل النّجاد. والتّعريض أن يذكر كلامًا يحتمل مقصوده وغير مقصوده. والقرائن تفيد المقصود. قال - رحمه الله -:

وينفـــــذ الـواقع مـن سكـران ... مـخـــتلطٍ كـــالعـــتق والأيمان

ومن مـــريضٍ ومـــتـى من المرض ... مـات فللـزّوجـة الإرث المفـــترض

مـــا لم يكن بخـلعٍ أو تخـيـيـر ... أو مـــرضٍ لـيس مـن المحـــذور

تقدّم أنّ من أركان الطّلاق الزّوج وأنّه يشـترط فيه العقل، فإن فقـد العقل بسكرٍ وكان مختلطًا غير طافحٍ فإنّ طلاقه ينفذ، وكـذا عتقه، وأيمانه الّتي حلف بها، جميع ذلك يلزمه وعلى ذلك نبّـه بالبيت الأوّل التّـوضيح: قـال في الجواهر: أمّـا السكران بخـمرٍ أو نبـيذٍ

بعد الدخول أنت طالق واحدة بائنة إلخ فذكره للدخول هو كالقيد ولم يذكر ذلك في البتة ولا في حبلها على غاربها، وقوله أو نواها بخليت إلخ وسيأتي قول المتن في هذا وثلاث إلاّ أن ينوي أقل مطلقًا أي حيث لم ينو بهـا الواحدة، وأما إن نوى بها هذه فهي المسـألة هنا، وإنما ذكر هنا ادخلي ليكون غيره أحرى فافهم والظاهر أنه إذا نوى بقوله أنت طالق الواحدة البائنة لزمت، ويدل له قول ابن عرفة، وإن قال أنت طـالق فهو ما نوى فإن لم ينو شيـئًا فواحدة، فقوله فهـو ما نوى يشمل الواحدة البائنة. وفي التهذيب: من نوى بأنت طالق الثـلاث لزمته إلخ والواحدة البائنة ثلاث وإن كان ينوي فيـها قبل البناء أنه أراد واحدة، ويدل لذلك قول ابـن رشد: إن نوى بأنت طالق المبارأة فهي بائنة، ونقله المواق وسلمه وتقدم ما يدل علـى ذلك غاية في كلامنا قريبًا في الطلاق المملك، وصرّح بذلك الأجهوري وإن لم يسق ما جلبناه، وابن فـجلة قال: إنما تلزمه واحدة في هذا يعني رجعـية وذلك لا يظهر أصـلاً، وكيف تكون بائنة في قوله ادخـلي عند نيته بهـا الواحدة؟ فكيف بقوله أنت طالق ناويًا إياها، اللهم إلاّ أن يجيب ابن فجلة بأن أنت طالق مـوضوعة شرعًا للمطلقة الرجعية فافهم.

فالمشهور نفوذ طلاقه قاله المازريّ: وقد رويت عندنا روايةٌ شاذّةٌ أنّه لا يلزم، وقال: محمّد ابن عبد الحكم لا يلزمه طلاقٌ ولا عتاقٌ. وتأوّل الشّيخ أبو الوليد يعني ابن رشد الخلاف على المختلط الّذي معه بقيّةٌ من عقله إلاّ أنّه لا يملك الاختلاط من نفسه فيخطئ ويصيب، قال: (وأمّا السّكران الّذي لا يعرف الأرض من السّماء) ولا الرّجل من المرأة فلا اختلاف أنّه كالمجنون في جميع أفعاله وأحواله فيما بينه وبين النّاس وفيما بينه وبين الله تعالى إلاّ فيما ذهب وقته من الصّلوات، فقيل إنّها لا تسقط، بخلاف المجنون من أجل أنّه بإدخاله السّكر على نفسه كالمتعمّد لتركها حتّى خرج وقتها ا هـ. ابن عبد السّلام: ويظهر من كلام غير واحد من الشّيوخ أنّ الصّلاة يقضيها السّكران سواءٌ كان مطبقًا أم لا، وأنّه لا يختلف في ذلك وتحصيل القول في السّكران أنّ المشهور تلزمه الجنايات والعتق والطّلاق والحدود ولا تلزمه الإقرارات والعقود. قال في البيان: وهو قول مالك وعامّة أصحابه وأظهر الأقوال. ا هـ كلام التّوضيح وعلى هذا التّحصيل أنشدنا شيخنا العالم المتفنّن أبو محمّد سيّدي عبد الواحد بن عاشر - رحمه الله - لنفسه:

لا يلزم السّكران إقرارٌ عقود   بل ما جنى عتقٌ طلاقٌ وحدود

قوله: ومن مريضٍ يعني أنّ الطّلاق يصحّ من المريض. ابن الحاجب طلاق المريض وإقراره به كالصّحيح في أحكامه، وتنصّف صداقه، وعدّة المطلّقة، وسقوطها في غير المدخول بها إلاّ أنّه لا ينقطع ميراثها هي خاصّةً إن كان مخوفًا قضى به عثمان لامرأة عبد الرّحمن قوله: ومتى من المرض البيت يعني أنّ من طلّق زوجته وهو مريضٌ يعني مرضًا

(ص): وينفذ الواقع من سكران. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: **(وأما السكران الذي لا يعرف الأرض من السماء إلخ)** هذه طريقة ولم يبين هذا الشارح مقابله من الطرق هنا، مع أن المسألة فيها طرق وخلاف شهير، وقد ذكرنا خلافًا كثيرًا في المسألة في الشرح، ولكن يأتي في آخر تقريره لهذه الأبيات ما أشرنا إليه، وكأنه وقع له تأخير وتقديم في نسختنا، ولكن ما قاله ابن رشد قوي أي كونه كالمجنون عند عدم تمييزه بين ما ذكر من الأمور المتقدمة لأنه وافق الباجي في هذا، وهو الذي يدل عليه كلام مالك وهو قول اللخمي في نقل المتيطي، وما ذكره في التوضيح عن اللخمي فانظره، ويكفي في قوته قول عبد الحميد هو الصحيح وهو قول من حقق النظر من أشياخنا إلخ، وهو الذي يدل عليه كلام صاحب الطرر وأبي عمران، بل كلام ابن يونس ربما يدل عليه أيضًا، وهؤلاء فحول المذهب وكلامهم بنفسه كتبناه في الشرح، ومن شرب ما يسكر غير معتمد فالطافح لا يلزمه شيء وغيره الراجح فيه عدم اللزوم، وأما النشوان بالخمر الذي يميز وعلم بالخمر حين شربه فالخلاف فيه، والراجح فيه مضمون بيت ابن عاشر:

لا يلزم السكران إقرار عقود   بل ما جنى عتق طلاق وحدود

وقف على السر في الشرح وأمور نافعة بحول الله وقوته وفضله ومنته.

مخوفًا فإنّــه متى مات من مرضه ذلك فإنّ الزّوجة ترثه وإن انقضت عــدّتها وتزوّجت غيره ولا ينقطع ميراثها منه إلاّ إذا صحّ صحّةً بيّنةً. التّوضيح قول ابن الحاجب: إلاّ أنّه لا ينقطع ميراثهــا هي خاصّةً بيانٌ لمــا يخالف فيه طلاق المريض طلاق الصّـحيح يعني أنّ المريض إذا طلّق زوجته أو أقرّ بطلاقها لا ينقطع بذلك ميراثها منه بل ترثه إن مات من مرضه ذلك لأنّه لمّا اتّهم على حرمـانها من الميراث عـومل بنقيض قـصده، (وإن ماتت هي قـبله لا يرثها)، وأخذ عدم إرثه منها من قول المصنّف خاصّةً وترثه سواءٌ كان طلاقًا بائنًا أو رجعيًا، ثلاثًا أو واحدةً، انقضت عدّتهــا أم لا. وقوله إن كان مخوفًا ابن عبد السّـلام لا خلاف في اشتراط ذلك عند من أثبت لها الميـراث، واستدلّ على وجوب إرثها بما في الموطّأ أنّ عـبد الرّحمن طلّق زوجته ألبـتّة وهو مريضٌ فورّثها عثمـان بن عفّان منه بعد انقضاء عـدّتها وفي المقرّب قلت له أرأيت إن طلّق المريض امـرأته قبل البناء بهـا ثمّ مات من مـرضه ذلك؟ قـال: قال مالكٌ لها نصف الصّداق ولهـا الميراث ولا عدّة عليها، فإن كانت مدخـولاً بها كان الميراث واعتدّت عدّة الطّلاق. وإن كان طلاقًا يملك فيه رجعـتها فمات وهي في عدّتها انتقلت إلى عدّة الوفـاة، وإن انقضت عدّتهـا من الطّلاق قبل أن يهلك ثمّ هلك فـلا عدّة عليهـا ولها الميراث، قلت وهل ترث المرأة أزواجًا كلّهم يـطلّقونها في مرضهم ثمّ ماتوا قـبل أن يصحّوا وهي تحت زوجٍ؟ قال: نعم. قال الشّارح - رحمه الله -: أقول: لم يفصّل الشّيخ - رحمه الله - كون الطّلاق قبل البناء أو بعده لأنّه لـم يقصد هنا إلاّ أن يعلم أنّ طلاق المريض نافذٌ وأنّ الميراث لازمٌ سـواءٌ طلّق قبل البناء أو بعـده، رجعيًـا أو بائنًا. وقد ذكر كلّ مـسألة في محلّها فاعتمد على مراجعته هنالك ا هـ وقد اشتمل كلام صاحب المقرّب على فوائد، كلّها جاريةٌ على القواعد. قوله ما لم يكن بخلعٍ أو تخيير البيت يعني أنّ المطلّقة في المرض ترث زوجها إذا مات من مرضه ذلك، إلاّ أن يكون لهـا تسبّبٌ في الطّلاق كما لو بذلت له مالاً حتّى طلّقهـا، وكما لو خيّرها أو ملّكها فـاختارت الفراق، أو كان المرض غيـر مخوف فلا ترثه، وما ذكـره من عدم إرثها منه إن كـان المرض غير مخـوف ظاهرٌ كما تقـدّم في كلام التّوضيح عن ابن عبد السّلام. وأمّا عدم إرثها منه في مـسألتي الخلع والتّخيير (فهو خلاف المعروف) عنـد ابن الحاجب والمعروف وهو مـذهب المدوّنة أنّها ترثه. قـال في المدوّنة: وإن

قوله: **(وإن ماتت هي قبله لا يرثها)** هذا قال فيه في المختصر ونفذ خلع المريض وورثته دونه كمـملكة ومخيرة فـيه إلخ. وقوله: ورثتـه ظاهره طلقها ثلاثًا أو واحـدة بائنة أو رجعيـة انقضت عدتها أو لا، كانت مـدخولاً بها أم لا، وهو كذلك في الجميع، وإن كانت المطـلقة قبل البناء لها نصف الصداق ولا عـدة عليها، ولكن كلامنا فـي إرثها منه مطلقًا وذلك صحـيح. قوله: **(فهو خلاف المعروف إلخ)** هذا المعروف هو لابن الحاجب، وابن شاس قال ما نصّه: فإن كان أصله أي الطلاق من الزوج وكماله منها أو من غيرها كالمخـيرة والمملكة والحالف في صحته على زوجته أو على غيرها فيحنثه من حلف عليه وهو مريض أو المتلاعن أو ما أشبه ذلك ففي توريثها منه قولان

ملكها في مرضه أو خيّرها فاختارت نفسها أو طلّقها طلاقًا بائنًا في مرضه فإنّه لا يرثها إن ماتت، وترثه هي إن مات من ذلك المرض ا هـ لأنّ الطّلاق جاء من قبله ابن عرفة: خلع المريض تامٌّ وترثه إن مات. قال أبو عمران وترث من المال الّذي أعطته. ا هـ وأجاب الشّارح بأنّ النّاظم اعتمد في استثناء طلاق الخلع تخريج ابن عرفة وفي استثناء التّخيير رواية زياد في المملّكة في المرض أنّها لا ترثه، واستظهر تخريج ابن عرفة في الخلع، قال: لأنّ الطّلاق من قبلها فكأنّها اختارت أن لا ترث ا هـ باختصار: وهذا الجواب ضعيفٌ فقد نصّوا

اهـ. بلفظه. وعلّل في التوضيح القول بعدم الإرث بقوله ما نصّه لضعف التهمة فيها لأن الفراق وإن كان ابتداؤه منه لم يستقل به وإنما تمتته هي أو غيرها وهذا مقابل المعروف اهـ. بلفظه. وصرّح الباجي في مسألة التحنيث بمشهورية الإرث فيها قائلاً: فالمشهور من المذهب أنها ترثه، وعلى هذا المعروف والمشهور من في المختصر كما رأيته. وقال في المختصر عاطفًا على من لا متعة لها ما نصّه: ومخيرة ومملكة ذكر هذا في آخر فصل الرجعة، وذكر هناك أن الملاعنة لا متعة لها وهو قوله لا في فسخ كالعان، وقد قال ابن عطية: وأما الحرة تخيّر أو تملك أو يتزوج عليها أمة فتختار هي نفسها في ذلك كله فلها المتعة لأن الزوج سبب الفراق وعليها هي غضاضة في أن لا تختار نفسها إلخ. وحاصل ما في التوضيح أن المسألة فيها روايتان بالمتعة وعدمها. وصرّح ابن بشير وابن شاس بمشهورية عدم المتعة، ابن الحاجب عنده نسختان واحدة موافقة لما ذكره ابن بشير وابن شاس وواحدة ذكرت أن المشهور هو المتعة، وقال في التوضيح للنسخة الأولى قال كاتبه عفا الله عنه وتقبل بفضله منه كلام الناس ربما يدل لرجحان المتعة وإن مرّ على عدمها في المختصر، ويدل لهذا ما ذكره من ثبوت الإرث لها في طلاق المريض هنا، اللهم إلاّ أن يقال باب الخلع أضيق بدليل أن الملاعنة ترث ولا متعة لها على المشهور، ولكن من وقف على كلام الناس في الكلام على المتعة في الشرح وجد أن العلة في عدم المتعة هي العلة في عدم الإرث وهي كونها لها دخل في الطلاق، وعلة الإرث هي علة المتعة لأن عليها غضاضة[٨٢] في ترك اختيار نفسها وقد ملكها طلاقها، ومّما يقوي أن المخيرة والمملكة لهما المتعة قول القرافي عند الكلام على إسلام الزوجة ما نصّه: انظر لو خيّر الرجل امرأته قبل البناء فاختارت نفسها لم يسقط لها نصف الصداق لأن الطلاق من جهة الزوج لا من جهتها قاله ابن الجلاب اهـ. بلفظه. فهذه ثلاث مسائل متحدة في الحكم أو متقاربة، ولعل صاحب التحفة مرّ في الإرث على ما شهره ابن بشير وابن شاس في عدم المتعة إذ الباب واحد وإن لم يقع تشهير في خصوص الإرث، وضعف هذا الكلام ابن الناظم الذي أشار له هذا الشارح لكنه لم يكمله. وقوله هذا الشارح فقد نصّوا على أن القول المخرج إلخ ليس الأمر فيه كذلك، والدليل على ذلك قول ابن الناظم هنا نفسه، ولو كان الأمر كما ذكر هذا الشارح لم يخف لأن قوله فقد نصّوا ظاهر في كونه أمرًا غير مختلف فيه وما هو كذلك لا يخفى على الفحول غالبًا، قد قال بعدم المتعة في الملاعنة، مع أن الملاعنة علّل ابن يونس فيها عدم المتعة لأن متعتها فسخ لا طلاق.

---

(٨٢) الغضاضة: العيب.

على أنّ القول المخرّج لا يعمل به في قضاء ولا فتوى، وإنّما يذكر تفقّهًا وتفنّنًا فقط، وأضعف منه مخالفة المدوّنة، والعمل على رواية زياد في مسألة التّخيير والله أعلم. قوله: وينفذ الواقع أي الطّلاق الواقع وقوله: مختلط هو الّذي معه بقيّةٌ من عقله. هذا محلّ الخلاف على طريقة ابن رشد والمشهور لزوم طلاقه، ومفهوم مختلط أنّ غير المختلط وهو الّذي لا يعرف الأرض من السّماء لا يلزمه شيءٌ اتّفاقًا وهو كذلكَ على هذه الطّريقة، وطريقة ابن بشير عكس هذه إن كان في حال تمييزه لزمه الطّلاق باتّفاق، وإن كان مغموراً فالمشهور عدم اللّزوم، ونقل بعضهم ذلك عن ابن شعبان وعياضٍ التّوضيح وظاهر كلام اللّخميّ أنّ الخلاف في السّكران مطلقًا سواءٌ كان معه، ميزٌ أم لا. وكذلك حكى ابن رشد عن المازريّ أنّه قال: المشهور لزوم طلاقه والشّاذّ عدم لزوم طلاقه ولم يفصّل ا هـ وهذه طريقةٌ ثالثةٌ التّوضيح: فيتحصّل في المسألة ثلاثة طرق. وقوله: «فللزّوجة الإرث المفترض أي المفترض لها شرعًا من ربعٍ أو ثمنٍ، وقوله: ما لم يكن أي الطّلاق بخلعٍ إلخ أي فلا ترثه حينئذٍ، وتقدّم أنّ هذا غير معروفٍ، والمعروف وهو مذهب المدوّنة أنّها ترثه والله أعلم.

تنبيهٌ: تقدّم إن كان من أركان الطّلاق القصد فلذلك لا يلزم المجنون والمبرسم الّذي لا يعقل والمريض المغلوب على عقله، ونقل القاضي عياضٌ في مداركه عن بعض الأئمّة أنّه سئل عن طلاق الذّاهل بقول السّائل:

أيا قاضيًا فاق الأنام بعلمه ... وأربى عليهم بالنّهى والفضائل

فديتك هل يجري الطّلاق لذاهلٍ ... فردّ فأنت اليوم قطب المسائل

فأجاب:

إذا كان ذا عقلٍ فطلّق زوجه ... فقد لزم التّطليق يا خير سائل

وإن كان معتوهًا ولا عقل عنده ... يقينًا فلا يمضي طلاقٌ لذاهل

ا هـ. من شرح القلشانيّ على الرّسالة، وتقدّم أنّه إنّما لزم طلاق السّكران وإن اختلّ فيه القصد؛ لأنّه كالمتعمّد لإدخاله ذلك على نفسه اختياراً.

والخلف في مطلّقٍ هزلاً وضح ... ثالثها إلاّ إن الهزل اتّضح

(ص):

(والخلف في مطلق هزلاً وضح ... ثالثها إلاّ إن الهزل اتضح)

يعني أنّه اختلف فيمن طلّق على وجه الهزل واللّعب على ثلاثة أقوال: قيل: يلزمه وهو المشهور، وقيل: لا يلزمه، ثالثها: إن اتّضح الهزل وبان لم يلزم وإن لم يتّضح ولم يبّن فيلزم. ابن الحاجب: وفي الهزل في النّكاح والطّلاق والعتاق ثالثها: إن قام عليه دليلٌ لم يلزم التّوضيح (ويلحق بالثّلاث) الرّجعة، والمشهور اللّزوم لما في التّرمذيّ من حديث أبي هريرة قال رسول اللّه ﷺ: «ثلاثٌ جدّهنّ جدٌّ وهزلهنّ جدٌّ النّكاح والطّلاق والرّجعة»[(٨٣)] قال: وهو حسنٌ غريبٌ والقول بعدم اللّزوم في السّليمانيّة، لكن إنّما ذكره في النّكاح، والقول الثّالث في كلام المصنّف نقله ابن شاسٍ عن اللّخميّ ابن عبد السّلام والّذي حكاه غير واحد إنّما هما قولان، وما ذكره من القول الثّالث وهو شرط قيام الدّليل على عدم اللّزوم يعدّونه من تمام القول الثّاني؛ لأنّ الهزل لا يثبت بمجرّد الدّعوى ا هـ. (وكلام ابن عبد السّلام ظاهر) بل متعيّنٌ لا يعدل عنه واللّه أعلم.

ومـالكٌ ليس له بملزم لمكرهٍ في الفعل أو في القسم

قوله: **(ويلحق بالثلاث إلخ)** الذي هزله كالجد أربعة: النكاح والطلاق والرجعة والعتق، وإن شئت قلت في الثلاثة الأول النكاح وحلّه ورده. قوله: **(وكلام ابن عبد السلام ظاهر إلخ)** عبارة ابن شاس هي قوله المسبب الثالث الهزل، ولا يؤثر ذلك في منع وقوع الطلاق والعتاق بل يمضي عليه وينفذ وكذلك النكاح، قال أبو بكر بن محمد يلزم، ونكاح الهازل لازم، وروي في السليمانية نكاح الهزل لا يجوز، واختار أبو الحسن اللخمي إن قام دليل على الهزل لم يلزم عتق ولا طلاق ولا نكاح ولا شيء عليه من الصداق وإن لم يقم ذلك لزمه نصف الصداق اهـ. بلفظه. وقوله السبب الثالث أي من الأسباب الخمسة التي توهم اختلال الطلاق، واختصره ابن الحاجب بقوله: وفي الهزل في النكاح والطلاق والعتق. ثالثها: إن قام عليه دليل لم يلزم هذا لفظه، وقرّره في التوضيح بما رأيته في هذا الشارح ونقل كلام ابن عبد السلام، وقال ابن عرفة: وهزل إيقاع الطلاق لازم اتفاقًا وهزل طلاق لفظه عليه المعروف لزومه إلخ. ونقل بعض كلام ابن شاس ولم يعترض شيئًا منه. ونقل كلام اللخمي وسلمه ثم نقل كلامًا ثم قال بعده ما نصّه: فيقوم. نقل ابن الحاجب القول الثالث بلغو هزل الطلاق لا بقيد قيام دليله، ولم يحك ابن رشد في طلاق الهزل خلافًا، ثم قال: ولم يحكم ابن العربي في لزوم طلاقه الهزل وعتقه خلافًا إلخ. والحاصل المذهب لزوم الطلاق مطلقًا ولذلك قال في المختصر: ولزم ولو هزل ولم يفصل التفصيل المتقدم وهذا هو المشهور كما صرّح به ابن الناظم وغيره، وما قاله ابن عبد السلام ينظر فيه، فإن ما قام عليه الدليل ربما يكون فيه زيادة على ثبوته بعدلين على إقرار المطلق مثلاً.

(ص):

(ومـالك ليس له بملزم لمكره في الفعل أو في القسم)

---

(٨٣) [حديث حسن]: أخرجه أبو داود (٢١٩٤)، والترمذي (١١٨٤)، وابن ماجه (٢٠٣٩)، والحاكم في المستدرك (٢/١٩٧)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٣٤١)، وحسنه الشيخ الألباني في الإرواء (١٨٢٦)، وفي صحيح الجامع (٣٠٢٧).

يعني أنّ من طلّق مكرهًا عليه غير طائع بل لخوفه على نفسه أو ولده أو ماله أو حلف بالطّلاق كذلك مكرهًا ثمّ حنث فإنّ الإمام مالكًا رضي الله عنه لا يلزمه طلاقًا في الوجهين فضمير له للطّلاق وله يتعلّق بملزم، ولا يختصّ هذا الحكم بالطّلاق واليمين بل وكذلك من أكره على بيعٍ أو شراء أو نكاحٍ أو عتقٍ أو إقرارٍ أو غير ذلك كلّ ذلك لا يلزمه هذا كلّه في الإكراه على الأقوال، وأمّا الإكراه على الأفعال فقال الشّيخ ابن غازيٍّ والأفعال الّتي ذكروا في الباب ضربان: أحدهما: الفعل الّذي يقع به الحنث كمن حلف لا أفعل كذا فأكره على فعله، أو حلف ليفعلنّ كذا وقت كذا فحيل بينه وبين ذلك حتّى ذهب الوقت، كانت يمينه على برٍّ أو حنث. وفيه طرقٌ الأولى: طريقة اللّخميّ قال: إذا حلف بالطّلاق أن لا يفعل شيئًا فأكره على فعله مثل أن يحلف أن لا يدخل دار فلان فحمل حتّى أدخلها، أو أكره حتّى دخل بنفسه، أو حلف ليدخلنّها في وقت كذا فحيل بينه وبين ذلك حتّى ذهب الوقت فهو في جميع ذلك غير حانث. وطريقة ابن رشد قال في حنثه ثالثها: يحنث في يمين الحنث لا البرّ وهو المشهور. وعليه اقتصر الشّيخ خليلٌ في باب الأيمان حيث قال: ووجبت به إن لم يكره ببرٍّ وهذا في الحالف على فعل نفسه لا غير. الضّرب الثّاني: الأفعال الممنوعة شرعًا وذلك مثل شرب الخمر، وأكل لحم الخنزير، والسّجود لغير اللّه تعالى، والزّنا بالمرأة المختارة لذلك، والمكرهة على أن يزنى بها ولا زوج لها، وما أشبه ذلك ممّا يتعلّق به حقّ المخلوق (قال ابن رشد): وأمّا الإكراه على الأفعال) فاختلف فيه في المذهب

قوله: (قال ابن رشد: وأما الإكراه على الأفعال إلخ) قال في المختصر عاطفًا على ما قبله ممّا يفيد فيه الإكراه: وكذا العتق والنكاح والإقرار واليمين ونحوه. وأما الكفر وسبّه ﷺ وقذف المسلم فإنما تجوز للقتل، كالمرأة لا تجد ما يسدّ رمقها إلاّ ممن يزني بها وصبره أجمل لا قتل المسلم وقطعه وأن يزني إلخ. وتلخيص هذا أن المصنف ذكر ثلاثة أنواع ما يكون فيه الإكراه بكل مؤلم وهو الطلاق وهو مضمون قول المتن: وكذا العتق إلخ، وما يكون فيه بالقتل وهو الكفر والسب المذكور وقذف المسلم وهو قوله: وأما الكفر إلخ، وما لا إكراه فيه مطلقًا وهو قوله: لا قتل المسلم إلخ. لكن المراد بالزنا ما تعلق به حق الغير كزوجة الغير أو أمته، أو أكرهت المرأة نفسها لا إن أكرهت هي من يزني بها، فيكون هذا المكره بالفتح يؤخذ من قول المتن كالمرأة إلخ، ولكن الإنعاظ والانتشار يدل على الاختيار فلا يتحقق فيه إكراه كما يأتي في باب الزنا، ولم يذكر في المتن مسألة الخمر والختزير فدخل في قول المتن بخوف مؤلم، وكذا الإفطار في رمضان وغير ذلك ممّا يتصور، هذا تحقيق المحل، وبه تعلم ما عند الناس من ارتاب فلينظر الشرح فإن فيه كلام الناس مبسوطًا غاية والحمد لله، وبه تعلم ما ذكره هذا الشارح في تقريره، وقول المختصر بخوف مؤلم ظاهره وإن لم يخف ولم يهدد مع أن ابن الحاجب وابن شاس وابن عرفة وغيرهم كلامهم يدل على خلاف ذلك، ولكن المصنف لا يخالف كلام ابن شاس وابن الحاجب غالبًا إلاّ لعدم ارتضائه ذلك، وبينّا وجه ما مرّ عليه في المختصر من كلام الناس، ولكنها يجب أن يتفطن له أن قرائن

على قولين: أحدهما: أنّ الإكراه في ذلك إكراهٌ. وهو قول سحنون والثّاني: أنّ الإكراه في ذلك لا يكون إكراهًا ينتفع به، وإلى هذا ذهب ابن حبيب وأمّا ما يتعلّق به حقٌّ لمخلوق كالقتل والغصب وما أشبه ذلك فلا اختلاف في أنّ الإكراه غير نافع في ذلك، وفي ذلك قال الشّيخ خليلٌ لا قتل مسلم، وقطعه، وأن يزني. وإذا اعتبر الإكراه في الأفعال فأحرى أن يعتبر في الأقوال، قال في الذّخيرة: لأنّ المفاسد لا تتحقّق في الأقوال لأنّ المكره على كلمة الكفر معظّمٌ لربّه في قلبه، والأيمان ساقطة الاعتبار بخلاف شرب الخمر والقتل ونحوهما فإنّ المفاسد فيها متحقّقةٌ. وعبّر ابن عبد السّلام عن الفرق بينهما بأنّ القول لا تأثير له في المعاني ولا الذّوات بخلاف الفعل فإنّه مؤثّرٌ ا هـ. وفي التّوضيح: في شرح قول ابن الحاجب ولا أثر لطلاق الإكراه فروعٌ مفيدةٌ فراجعه إن شئت فيبقى الكلام فيما هو إكراهٌ أو ليس بإكراه قال ابن الحاجب: ويتحقّق الإكراه بالتّخويف الواضح بما يؤلم من قتلٍ، أو ضربٍ، أو صفعٍ لذي مروءة من سلطانٍ أو غيره. وفي التّخويف بقتل أجنبيٍّ قولان بخلاف قتل الولد، وفي التّخويف بالمال ثالثها إن كان كثيرًا تحقّق. ا هـ. وفي المقرّب: قلت له: فطلاق المكره وعتقه ونكاحه قال: لا يلزم شيءٌ من ذلك. وقال ابن رشد: اتّفق مالكٌ وأصحابه أنّ المكره على اليمين لا تلزمه اليمين إذا كان إكراهه لشيءٍ يلحقه في بدنه من قتلٍ أو ضربٍ أو سجنٍ أو تعذيبٍ، أو كانت يمينه فيما كان للّه فيه معصيةٌ، أو فيما ليس له فيه طاعةٌ ولا معصيةٌ، وسواءٌ هدّد فقيل له: إن لم تحلف فعل بك كذا وكذا أو استحلف ولم يهدّد

الأحوال تقوم مقام التهديد والتخويف، والناس يتفاوتون في الجلد وضدّه بالقوة والضعف، وكذلك المخوف منه يختلف باعتبار ما عرف منه من البطش والفتك بالناس وعجلته وضدها وعدم مبالاته بالناس، فما ظهر للخائف المكره يعمل عليه في نفسه ويعمل عليه المفتي بما ظهر له من القرائن، وفي بعض المواطن يكون الأمر لا يحتاج فيه إلى تهديد أصلاً، ألا ترى أن عامل البلد وهو معروف بأخذ المغارم ومعاقبة الناس بلا ثبوت بينة فإنك تجد أهل البلد منهم المختفي والسارب والمقيم على خوف والهارب فإذا قدم وجلب إليه مسكين وجلس بين يديه يدهش غاية ويعجز عن تلفيق الكلام، وربما يرتعد جبرًا إذا صار كالعصفور بيد صائده، والحرس دائرون به من كل جانب، وقد رأى كثيرًا من أمثاله عذب عذابًا شديدًا، وربما قتل أو حيف أو طيف به أو سجن طويلاً في الحديد مع توالي أنواع العذاب عليه، فإذا قال له هذا الصائد قد فعلت كيت وكيت أو كيف تفعل كيت وكيت والحالة ما ذكر فكيف يحنث هذا المقهور إذا بادر باليمين بطلاق ونحوه أنه لم يفعل دفعًا لهذا البلاء العظيم، هذا لا نقوله ولا نوافق عليه، ومن ارتاب فالعرب بالباب فليقف أو يسأل، نسأل الله الرءوف بالعباد الكريم الجواد أن يقينا وضعفاء المسلمين من هذا البلاء المبين بحرمة سيد المرسلين ورحمة العالمين عليه من صلواته سبحانه ما هو أهل له، فافهم هذا فقد شاهدنا منه ما يعلمه سبحانه وسمعنا منه ما لا يعد كثرة سماعًا متواترًا، والله الواقي من كل آفة ومن كل عاهة.

فحلف خوفًا من ذلك ما لم يحلف هو متطوّعًا باليمين قبل أن يستحلف ا هـ. والتّخويف بما ذكر إنّما هو في غير الإكراه على الكفر، وسبّ النّبيّ، والعياذ باللّه، وقذف المسلم، أمّا هذه الثّلاثة فلا يعتبر الإكراه فيها إلاّ بالقتل لا بالضّرب والسّجن ونحوهما، وفي ذلك يقول الشّيخ خليلٌ وأمّا الكفر وسبّه عليه الصلاة والسلام وقذف المسلم فإنّما يجوز للقتل.

فصل في الأيمان اللازمة

وكلّ من يمينه باللازمة له الثّلاث في الأصحّ لازمةْ

فصل

وكل من يمينه باللازمة إلى آخر الأبيات الثلاثة. هذه المسألة أكثر الناس الكلام فيها غاية وتحير فيه الولوع النهاية، فلا بدّ من كشفها بحسب طاقة الإنسان وعلى الله التكلان. قال في المختصر وفي على أشد ما أخذ أحد على أحد بت من يملك وعتقه وصدقة بثلثه ومشي لحج وكفارة وزيد في الأيمان تلزمني صوم سنة إن اعتيد حلف به وفي لزوم شهري ظهار تردد اهـ. وقد أطال في الفائق الكلام على المسألة وأسهب في ذلك، وقد قال تحصيل المسألة هل يلزم الحالف بها شيء أم لا؟ فذهب الأبهري وأبو عمر وابن العربي إلى أنه إنما يلزمه الاستغفار واستدل لذلك تبعًا لهم ثم قال: وهذا مذهب مرغوب عنه، وقيل يلزمه وهو المشهور والمعلوم من مذهب مالك وأصحابه، وإذا فرعنا على المشهور فقد إختلف المذهب واختيار الشيوخ المتأخرين فيما يلزم فقيل كفارة يمين بالله وهذا قول الشافعي وأبي عمر بن عبد البر وجماعة من المتأخرين، ثم ذكر استدلالهم وبحث فيه ثم قال: وهذا القول ليس بالظاهر في القياس ولا بالبين في الحجة، وقيل يلزمه ثلاث كفارات يمين بالله وإليه ذهب الطرطوثي وابن العربي أيضًا والسهيلي وهو اختيار ابن علوان، وقيل يلزمه جميع الأيمان وهو المشهور في المذهب، وإذا فرغنا عليه فقد اختلف المذهب في عدد ما يلزم من الطلاق، فذهب ابن أبي زيد وأبو بكر بن عبد الرحمن ومعظم القرويين والأندلسيين إلى لزوم الثلاث، وتابعهم على ذلك من شيوخ الأندلسيين ابن بدر والقرشي والتميمي وابن رافع، وبه أفتى الفقهاء أيام قضاء ابن ذكران وفيهم ابن عتاب وابن القطان وابن مالك، وكان يقال ذلك عن ابن مالك في السر، وروي مثله عن أبي إسحاق وهو الصحيح عند التونسي وابن يونس واللخمي وعبد الحميد والمازري وابن الحاج، واختلف في ذلك قول أبي عمر الإشبيلي وأبي عمران الفاسي أي في لزوم الواحدة أو الثلاث، واختار ابن يونس الثلاث لقصد الناس التشديد على أنفسهم في الحلف بها، واستحسنه ابن الحاج الباجي وهو الأظهر، القباب: وبه كان يفتي أهل فاس وأشياخهم وقبلهم من لدن عصر قديم لا نزاع في ذلك بينهم يرون ذلك مذهبًا ودينًا لا تجوز مخالفته، ويبالغون في الإنكار على من يفتي بغير ذلك، وليس ذلك جهلاً منهم بما فيها من الخلاف لأنهم رأوا أن العرف فيها قد تقرر على إرادة الطلاق استغراق جميعه،

وقيل بل واحدةٌ رجعيّة مع جهله وفقده للنيّه

وقيل بل بائنةٌ وقيل بل جميع الأيمان وما به عمل

وفهموا ذلك من الخاصة والعامة فهمًا قطعيًا، والحجة لهذا أن الحرام في المدخول بها ثلاث وهي من جملة الأيمان، فيلزمنا أن نلزمه من كل نوع من أنواع الأيمان أو غبّها. ثم قال: وذهب القابسي وأبو عمران وأبو بكر بن عبد الرحمن في أحد النقلين عنهما، وابن المكوى وابن الكاتب إلى لزوم الواحدة الرجعية، وتابعهم على ذلك من شيوخ الأندلس ابن زهر وغيره، وبه أجاب ابن الحاج ومحمد بن الفرج، قال الباجي وهو قول أكثر من بلغنا قوله من أهل إفريقية وبعض الأندلسيين وهو أقيس إذا لم تكن للحالف نية ثم قال: وإلى هذا أي لزوم الواحدة الرجعية ذهب غير واحد من علمائنا المتأخرين، قال بعضهم: وبلغني أن قومًا من عصرنا يفتون بذلك قال: والحجة لهؤلاء هي مسألة مالك في المدونة وهي من شك هل حلف بطلاق أو بعتق أو بصدقة أو بمشي؟ قال: يطلق امرأته ويعتق عبيده ويتصدق بثلث ماله ويمشي إلى بيت الله ولا يجبر على شيء من ذلك، وهذا هو الذي استحسنه ابن محرز وأنه يلزمه أدنى الطلاق والصدقة ونحو ذلك، بدليل أنه إذا صرّح بالطلاق فإنه تلزمه واحدة. ثم ذكر على ابن لبابة تنوية هذا الحالف فإن قال: لم أنو الطلاق أو لم أنو إلاّ واحدة صدق، ومثله عن أبي عمران فإن زعم أنه قصد بعض الأيمان دون بعض صدق مع يمينه، وإن قال: لم أنو شيئًا وعمّم لزمه غاية التشديد وما جرت به عادة الحالفين، فإن لم ينو عمومًا ولا خصوصًا فهو موضع الإشكال ويؤمر بالاحتياط والتزام ما يخاف أنه دخل تحت لفظه بعرف الاستعمال ولا يقضى عليه بذلك. ثم قال: وذهب بعض فقهاء طليطلة فيها إلى لزوم طلقة بائنة، وبه أفتى ابن زرب وردّه ابن سهل لأن الطلقة البائنة لا تكون إلاّ في حكم أو وجوه معروفة. وقال ابن المناصف: إن نوى عمومًا أو خصوصًا لزمه منويه، وإن نوى مسمّاها عرفًا عالمًا أن منه الطلاق وهو أكثر الواقع في زماننا فطلقة واحدة، وإن نوى مطلق اليمين جاهلاً مسمّاها عرفًا احتمل السقوط، وكفارة يمين ابن بشير إن قصد التعميم فثلاث وإلاّ فواحدة، واختار عبد الحميد الثلاث، ونقل عن السيوري نقض حكم من حكم فيها بواحدة، ثم نقل احتجاج ابن رشد للثلاث بأن هذا أمر معروف إنما يقصد بهذه اليمين التشديد مع معرفته بما يلزم في ذلك، حتى لو سئل الحالف لأجاب بلفظ التغليظ، فقد قاربت المسألة اليوم الخروج عن الخلاف ثم قال: والقول بهذا وبطلاق السنة أحسن الأقاويل وأشبه بطريقة العلم إلخ. وساق أيضًا كون الأمراء يحلفون الناس في البيعة بهذه اليمين دليلاً وهو أمر ظاهر إلخ. وهذا منه باختصار وما فيه من بعض الاختلاف في النقل عن الشيوخ الواحد هو كذلك في نسخنا، ولعله اختلاف في النقل عن الشيخ أو اختلف قوله في المسألة. وقال القرافي في هذه اليمين: إن الفقهاء لاحظوا فيها ما غلب الحلف به في العرف وما جعل يمينًا في العادة فألزموه إياه لأنه المسمّى العرفي فيقدم على المسمّى اللغوي هذا لفظه، ولهذا قال: يلزم فيها كذا وكذا ولا يلزم كذا وكذا، لأن اللازم من هذه الأمور هو المشتهر الذي جرت به عادة الناس أن يحلفوا به بخلاف غيره، ولو تبدّل عرف الناس تبدّل الحكم، وهذا تحقيق مجمع عليه، وعلى هذا التحرير يظهر أن عرفنا اليوم أي بمصر ليس فيه الحلف بصوم

يعني أنّ من حلف بالأيمان اللازمة فقال مثلاً: الأيمان تلزمني، أو أيمان البيعة تلزمني. كذا في بعض نسخ ابن الحاجب أو قال: الأيمان لازمةٌ لي، أو جميع الأيمان أو الأيمان كلّها تلزمني، فقد اختلف فيما يلزمه على أربعة أقوالٍ: الأول: تلزمه الثّلاث ففي المنتقى للباجيّ .

شهرين متتابعين، فلا ينبغي أن يلزم في هذه اليمين بهذا، وعادتهم يقولون عبدي حر وامرأتي طالق وعلي المشي ومالي صدقة إن لم أفعل كذا فيلزم بهذه الأمور، وأطال في هذا قال وعلى هذا تجري الفتاوى في الأيمان. ونقل عن ابن عبد السلام مثل هذا بل قال: إذا استفتاه رجل من غير بلده سأله عن عرفه وبعد ذلك يجيبه ولا يجيبه بعرفه أي المفتي، وذكر عن بعض المفتين أنه إذا جاء من لا يعرف مدلول هذه الكلمة قال له لا شيء عليك، قال بعضهم: وهذه الطريقة أنسب، ثم قال عن بعضهم أيضًا: إن نوى شيئًا لزمه ما نوى وإلاّ لزمه طلقة إلخ. وذكر أيضًا عن البجائي أنه ينظر إلى استعمال الألفاظ في اللازمة عند أهل الحالف، فأما أن يكون في جميع الأيمان ما يحلفون به وما لا يحلفون به أو فيما يحلفون به فقط أو لا عرف عندهم في ذلك، ففي الثاني لا يلزمه إلاّ ذلك فيخصص عموم اللفظ، وفي الثالث لزمه جميع الأيمان أي حيث لا عرف وحلفهم ببعض الأيمان فقط إلخ. أي وفي الأول يلزم الجميع ولا إشكال. ونقل عن بعضهم أنه مال لعدم اللزوم في المسألة لأن هذا من باب قوله: كل امرأة أتزوجها طالق لأنه من باب الحرج، وذكر كلامًا كثيرًا، هذا زبدة المحتاج إليه في المسألة، وذكر عن بعضهم أن ما في المسألة إفراط وتشديد، هذا تمام ما نقلناه عن الفائق، وملخصه أن المشهور والمذهب هو ما في المختصر والقول بالواحدة الرجعية قال به كثير ولكن في ذلك نظر تراه قريبًا إن شاء الله تعالى وأنه خطأ، والقول بالواحدة البائنة قائله قليل غاية مع اعتراض ابن سهل له، وإن كان اعتراضه قد لا يسلم، لأن الطلقة المملكة هي التي تعرفها العامة وجرى طلاقهم بها كما قدمناه في الطلاق المملك وما كثر هكذا يحلف به في الغالب، ولكن القول بالواحدة البائنة غير صواب كما تراه في كلام الناس، ومن لم يعرف مسمّى هذه الكلمة يظهر رجحان أنه لا شيء عليه من كلامه، وأن اللازم بها إنما هو ما اشتهر الحلف به في بلد الحالف لا غير، والقول إنما في هذه اليمين الاستغفار مرغوب عنه، وكذا لزوم كفارة فإنه غير بيّن، وأما لزوم ثلاث كفارات فليس بمرغوب عنه ولا غير بيّن، وقال في التحفة:

وكل من يمينه باللازمة ... له الثلاثة في الأصح لازمهْ

وقيل بل واحدة رجعية ... مع جهله وفقده للنيهْ

وقيل بل بائنة وقيل بل ... جميع الأيمان وما به عمل

وذكر من شرحه أنه إذا قالك تلزمني يمين البيعة فذلك كالأيمان اللازمة، وقوله وما به العمل فيه شيء كما أشار إليه بعض شراحها. ونقل ابن الناظم عن ابن لب بعد ترجيحه الثلاث ما نصّه: لم تزل الفتيا على عهد شيخنا ابن سراج صادرة بلزوم الواحدة في الزوجة للحالف باللازمة إذا لم تكن له نية في الثلاث على وفق الأشياخ الثلاثة: القابسي وابن عبد الرحمن وأبي عمران

حكى الشّيخ عبد الحقّ عن أبي بكر بن عبد الرّحمن أنّها ثلاثٌ، قال: وهو الأظهر عندي على أصل مالك ولاستظهاره أشار النّاظم بالأصحّ. الثّاني: تلزمه طلقةٌ رجعيّةٌ إذا لم تكن له نيّةٌ. الثّالث: تلزمه طلقةٌ بائنةٌ. التّوضيح في باب الأيمان: وإذا قلنا بلزوم طلقة فهل هي بائنةٌ أو رجعيّةٌ؟ حكى بعضهم في ذلك قولين، والّذي كان يفتي به الشّيخ أبو محمّد لزوم الثّلاث وهو الصّحيح عند التّونسيّ واللّخميّ وعبد الحميد والمازريّ وغيرهم، حتّى أنّ السّيوريّ أفتى بنقض حكم حاكمٍ أفتى بواحدة، وحكى ابن بشير قولاً بالفرق بين أن يكون قصد بقوله الأيمان تلزمه العموم فتلزمه الثّلاث، وإن لم يكن له مقصدٌ في ذلك لزمته

ومن وافقهم على ذلك، وربما يستظهر بتحليف الحالف على عدم علمه الحكم فيها إلخ. ونقل عن الشيخ يحيى السراج ما هو قريب من هذا، أما الحميدي فقال: الذي أفتى به ابن سراج هو الذي نرتضيه ونختاره تبعًا لذلك الإمام، وأما السراج فقال: من قلّد الذي قال لا شيء في هذه اليمين فهو مخلص له لأن من قلّد عالمًا لقي الله سالمًا، وانظر كلام هذين الشيخين مع ما قاله القباب في عرف فاس أدامها الله لأهلها وأمنهم بها فإنه ربما يدل على أن العرف الذي قال القباب انتقل وإلاّ فكلاهما غير صحيح، ويبعد عدم وقوفهما على كلام القباب أو عدم معرفتهما لعرف فاس، وانظر سكوت الشيخ ميارة عن ذلك. وقال ابن سلمون: إن كانت للحالف في هذه اليمين نية عمل عليها اتفاقًا لأنها من الكنايات المحتملة. وقال بعض المتأخرين: فإن جري عرف فيها عمل عليه عند الإطلاق اتفاقًا لأنها من الكنايات المحتملة. وقال بعض المتأخرين: فإن جرى عرف فيها عمل عليه عند الإطلاق أو عند النية المخالفة للعرف. وفي تبصرة ابن فرحون: إن جرى عرف في هذه اليمين يتبادر للذهن من غير قرينة عمل عليه، وإلاّ فما نواه أو دلّ عليه بساط وإلاّ فلا شيء عليه إلخ. وهو كلام حسن غاية. وفي المعيار في المسألة ما نصّه: يقع عليه الطلاق بحسب عرفه بموضعه وما يريدون باللازمة، فإن كان مجرد الطلاق لزمه واحدة، وإن كانت الثلاثة لزمته الثلاث عند أهل كل قطر، ثم ذكر أن ابن سراج نازعه غيره في العرف عند الأندلس فإن العرف جار في ذلك الوقت بالثلاث، وفي المتيطية تلزمه طلقة واحدة إذا لم تكن له نية إلخ. وبه تفهم أن الطلقة إنما تلزمه عند عدم النية. وقول ابن عاصم مع جهله وفقده للنية فانظر قوله مع جهله، وقد قال الشاطبي: يلزم في هذه اليمين ما جرى به العرف وعرفنا فيها الثلاث عرفًا ظاهرًا إلخ. وقد قال من نظم ما به عمل فاس ما نصّه:

وعدم اللزوم في أيمان لازمة شاعت مدى أزمان

واستدل في شرحه على ذلك بفتوى السراج والحميدي قال: وأفتى به شيخنا الوالد أيضًا يعني سيدي عبد القادر الفاسي رضي الله تعالى عنه، وفي هذا الإطلاق ما لا يخفى فإن كلام السراج والحميدي لا يعتمد، ومما يضعف ما قاله السراج والحميدي ومن تبعهم من أهل فاس قول الباجي في منتقاه ما نصّه: أجمعوا على أنها أيمان لازمة أي الأيمان اللازمة يجب بها الطلاق إلى آخر ما في المختصر، وأبو عمر الذي اعتمدوا عليه رأيت في الفائق له خلاف ذلك وهو منقول فيه

واحدةٌ ا هـ. "القول الرّابع: ممّا حكى النّاظم لزوم جميع الأيمان ابن الحاجب: ولو قال الأيمان تلزمه أو أيمان البيعة ولا نيّة تخصّص فالجميع اتّفاقًا، وفي لزوم طلقة أو ثلاث قولان فيلزمه عتق من يملكه حين الحنث، والمشي إلى بيت اللّه وصدقة ثلث مّاله وكفّارة يمين وكفّارة ظهار وصيام سنة إن كان معتاد اليمين بها. التّوضيح: قال الطّرطوشيّ ليس لمالكً ولا لأصحابه في هذه المسألة قولٌ يؤثر وإنّما تكلّم فيها المتأخّرون، وفيها أربعة أقوالٍ فيً

في موضعين، وقال أيضًا فيما قاله الأبهري وابن عبد البر هي طريقة مرغوب عنها والمشهور خلافها، وما حكاه في الفائق من الأقوال وهي خمسة أقوال، **الأول:** الرجوع إلى النية. **ثانيها:** كذلك ويستحب له أن يطلق له ثلاثًا. **ثالثها:** طلقة بائنة. **رابعها:** يلزم الثلاث. **خامسها:** إطعام ثلاثين مسكينًا، وهو حاكٍ لذلك عن ابن العربي بحسب ظاهر كلامه، فليست هذه الأقوال هكذا هي بدليل كلامه ونقله لغير هذا وكلام غيره. وفي المواق عن ابن المواز من قال عليه أيمان البيعة فلما حلف قال لم أرد الطلاق صدق. وقال الباجي: وكذلك العتق على ما رواه عيسى عن ابن القاسم، ومثله حكى البرزلي. وأما نحو المشي والعتق غير المعين فلا خلاف في تصديقه، ومن حلف بالحلال عليه حرام وهو جاهل بأن الطلاق يدخل في ذلك قال ابن رشد: إن جاء مستفتيًا الأظهر أنه لا يلزمه، وكذلك الحكم في كنايات الطلاق البينة، ومن تحرج أن يحلف باللازمة فكنى عنها فقال تلك اليمين تلزمني توقفت في طلاقه وأفتى غيري بالطلاق، ولابن رشد أيضًا لا شيء عليه إذا قال يا مطلقة ولم يرد به الطلاق اهـ. منه باختصار لطوله. وفي نوازل ابن رشد: إن كان الحالف باللازمة يظن أن الطلاق لا يلزمه بها في امرأته فلا طلاق عليه، ولكن يلزمه ما يلزمه في الأيمان اللازمة، وما قدمناه عن الباجي من تصديق الناوي إذا جاء مستفتيًا نقل ابن عرفة عن غير تنويته قال: وظاهره ولو كان غير مستفت، وقد تحصل من هذا أن المشهور في الأيمان اللازمة هو ما في المختصر وهو الذي به عمل فاس وهو الصحيح الذي اتضح دليل غاية، والطلقة الرجعية وإن قال بها كثير فضعيف باعتبار حجته أو هي خطأ، وكذا عدم اللزوم لشيء فإنه مرغوب عنه، وكذا التكفير بواحدة وبثلاث كفارات يظهر أيضًا ضعف ذلك من الأنقال، وكذلك الواحدة البائنة، ومحل الخطأ حيث لا نيّة ولا جهل وإلاً لزم ما نرى فقط، والجاهل بمعنى هذه اليمين لا شيء عليه على خلاف في ذلك والبساط كالنية، والذي يدخل في هذه اليمين ما كثر الحلف به كما رأيته في كلام القرافي، وعبارة ابن عبد السلام في هذا ما كثر الحلف به في الجهة التي يسكنها الحالف فما حقق كثرة استعماله دخل في هذه اليمين، وما حقق عدم استعماله لم يدخل ويحتاط مع الشك اهـ. وقد لفقنا هذا التحصيل وغيره ممّا تقدم بما نصّه:

وحالف مكلف باللازمة ... فيه اضطراب عند من قد علمه
أشهره هو الذي في المختصر ... دليله أقوى من كل ما ظهر
ثم يليه طلقة رَجْعِيَّةْ ... لكن ذا حجته مَرْمِيَّةْ
وكل مقسم به قد شهرا ... في بلد الحلف فيه اعتبرا

المذهب، نقل عن الأبهريّ أنّه لا يلزمه غير الاستغفار، وعن الطّرطوشيّ وابن العربيّ والسّهيليّ أنّ عليه ثلاث كفّارات الطّرطوشيّ: ولا يدخل في يمينه طلاقٌ ولا عتاقٌ إلاّ أن

دخــوله هـنا بـلا تقــيُّــدِ ... وغـيـره يـلغى فـخـذ واعـتـمـد

وكل ذا في حـالف قـد عـرفـا ... مـدلـولها وجـاهل قـد وصـفـا

بجـهله بـه فلغـوهـا وجـد ... على تـردد لدى من قـد قـصـد

وحـالف بـعلم مـا قـد ذكـرا ... منويـه يلزم من غـيـر امـتـرا

وإن جـرى عـرف في ذي اليـمين ... يتـبـع فـي الكل بـلا تخـمين

وظـنه نـفي دخـول لطـلاق ... فـغـيـره يلزمـه بلا شـقـاق

كـحـالف بحـرمـة الحـلال ... مسـتـفـتـيًـا وجـاهلاً بـالحـال

لكـن ذا حلـفـه قـد بـطلا ... في فـرقـة وغـيـرها فلتـعـقـلا

وما ذكره السراج والحميدي لا يصحّ والعلم عند الله تعالى، وكذا من تبعهما لا يصحّ كلامه، وعمل أهل فاس نصّ عليه القباب وأنه على ما في المختصر، ولم يقل السراج والحميدي انتقل العرف بفاس، وإنما وقع الاستناد لكلام بعضهم بدليل كلامهم، وكلام من ذكر ضعيف أو باطل كما تراه قريبًا إن شاء الله تعالى، وتقدم ما يدل على ذلك أيضًا. وقول السراج: من قلّد عالمًا ليس هو في مثل هذا وإنما ذلك حيث لم يبحث في كلام العالم أو يظهر بطلان قوله، والفتوى بالضعيف لها شروط لم يذكرها السراج هنا وذكرناها في باب القضاء، والأصل بقاء العمل على ما كان حتى يقوم دليل على انتقال ما فيه احتمال وكذلك المشهور، وقول التحفة وما به عمل كأنه تبع فيه ما قاله شيخه ابن سراج، وفي ذلك ما لا يخفاك إن فهمت كلام الناس هنا ولا يتبع في هذا أصلاً، ولذلك اعترض قوله وما به عمل، وكلام أبي الحسن الآتي يدل على هذا غاية وذلك أنه قال على قول المدونة: ومن لم يدر بما حلف بطلاق أو عتق أو مشي أو صدقة فليطلق نساءه ويعتق رقيقه ويتصدق بثلث ماله ويمشي إلى مكة يؤمر بذلك من غير قضاء ما نصّه. قال ابن محرز: ولم يذكر كم يطلق امرأته ولا كم يمشي إلى بيت الله، وإن كان الشك لا يتناول عددًا فإنما تلزمه طلقة والمشي مرة واحدة لأنه كأنه إنما حلف بهذه الأجناس، وأما الصدقة فإنما ألزمه أن يتصدق بثلث ماله لكونه لا يشك في اليمين بصدقة ماله، ولو أنه إنمّا شك في اليمين مجملاً لم يلزمه إلاّ أدنى ما يقع عليه اسم صدق من الطعام أو الفضة، ويستحسن له أن يتصدق بمد من الطعام أو بدرهم من الفضة. ابن يونس: قيل عن أبي عمران فالذي يقول جميع الأيمان تلزمني قال تلزمه جميع الأيمان من الطلاق والعتق وغير ذلك، فقيل له ما يلزمه من الطلاق؟ فقال هي مسألة متنازع٩ فيها والذي أقول به أن الواحدة ستلزمه بلا شك ويستحب له أن يلزم نفسه الثلاث، فقيل له: إن من الأيمان الخلية والبرية، فقال: هذا ما لا غاية له ويلزمه أيضًا كلما

ينوي ذلك، ويكون العـرف جاريًا به وعن ابن عـبد البـرّ أنّ عليه كفّـارة يمين، وعلى هذا فالاتّفاق الّذي ذكره ابن الحاجب تبعًا لابن بشير لـيس بجيّد ا هـ. قال مقيّده: عفا اللّه عنه بمنّه: وقد وقفت على سؤال سئله شيخا شيوخنا الإمامان العالمان الشّهيران سيّدي أبو زكريّاء يحيى السّرّاج وسيّدي أبو محمّد عبد الواحد الحميديّ - رحمهما الله -: ما تقولان: فيمن قلّد الأبهريّ في الّذي يقول لا شيء في هذه اليمين سوى الاستـغفار، أو قول ابن عبد البرّ الّذي يقول إنّه لا يجب عليه سوى كفّارة يمين باللّه فهل تقليدهما منجٍ مع اللّه تعالى أم لا؟

تزوجتك فـأنت طالق، قال بعض فـقهائنا وقـال لي أبو بكر بن عبد الرحـمن تطلق عليه زوجـته عندي بالثلاث، لأن الخلية والبرية والتحريم وغيره مما تحرم به يدخل تحت يمينه لقوله جميع الأيمان تلزمني، وأنكر مـا ذهب إليه غيـره من أنه لا تلزمه الثلاث، واسـتحسن بـعض فقهـائنا قول أبي عمران قال: ولا يكون أسوأ حالاً ممّن حلف بالطلاق قصداً إليه ولا نية إنما يلزمه المباح من الطلاق وهو الواحدة. ابن يونس: وظهر لي أن قول أبي بكر أقوى لأن الذي يقول عن الأيمان تلزمني إنما يقصد الـتشديد فيجب أن يـلزم ذلك، وبذلك كثر عادة الناس أي بالحلف بالثـلاث في وقتنا لأن أكثرها إنما تقع على الحرج فيـجب أن يلزم ذلك، ولأن الخلية البرية تدخل تحت ذلك وليس كمن قال أنت طالق لأن هذا قد خصّ جنسًا من الطلاق، والذي قال جميع قد جمع الأيمان ومن الأيمان الطلاق واحدة والطلاق ثلاثًا والخلية والبرية والبتة فكيف يقـتصر على أقلها على ما بيّنا أن الثلاث أكثر أيمان أهل وقتنا، وإن الذي يقول جميع الأيمان إنما قصد التغليظ سفهًا منه والله أعلم وهذا هو الصحيح. قال ابـن محرز: والذي أستحسن في الذي يحلف بالأيمان كلهـا لازمة له أنه يلزمه من الصدقـة والعتق والظهـار والطلاق أدنى ما يقع عليه الاسم لأنه كـأنه التزم أجناس هذه الأشـياء، وليس في ذلك ما يتضمن عدداً ولا تكريراً، ألا ترى أنه لو قال: الطلاق لي لازم لم يلزمه بذلك إلاّ تطليقـة واحدة، فلما كـان لو صرّح بالتزام الطلاق لم يلزمـه إلاّ طلقة واحدة، وإذا كنى فـهو أضعف، وأحرى أن لا يلزمـه إلاّ طلقة، وإلى هذا كان يذهب غير واحد من علمـائنا المتأخرين، وذكر ذلك عبد الحميد عن بعض المذاكرين وقال: قوله تلزمه طلقة ليس بصحيح بل خطأ بيّن، إذ الحالف بالأيمان اللازمة إنما حلف وقال كل يمـين يحلف بها الناس تلزمني والناس يحلفون بالطلاق الثلاث وبالواحـدة فكأنه ألزم نفسه مـا يحلف به الناس، وهذا بيّن متأول في العـقل، ومن عرف أيمان الناس عرف صحة الثلاث وأنها تلزمه، ووجـه آخر أن الناس يحلفون بالحلال عليهم حرام، فهذا يكون فيه الثلاث لأنهم إنما يقصدون التـحريم التام، وبهذا كان يقول من أدركناه من الشيوخ المحققين إن الحالف بالأيمان لازمة له أن زوجتـه لا تحل له إلاّ بعد زوج، ولقد حكم بعض القضاة بقول من ليس عنده تحقيق بالفتوى أنها واحدة فأمر الشيخ أبو القاسم السيوري يرد الزوجة وزوالها تحت الزوج وألزمـه الطلاق الثـلاث وفسخ النكاح، وأمـر غـيره بذلك مـن المذاكرين أيضًـا وهو الصواب إن شاء الله تعالى وبه أقول، وما سـواه من قول من ألزم الواحدة خطأ بيّن لا يلتفت إليه اهـ. بلفظه في جميع ما تقـدم، ولا بيان فوق هذا البيان جزى الله قائله بكمـال الإحسان ودخول الجنان مصحـوبًا بالرضا والرضوان وهو الحق إن شاء الله تعالى. ومـا نقله عن أبي عمران من أنه

فأجاب الحميـديّ بأن قال: الّذي كان يفتي به الإمام ابن سراجٍ عدم اللّزوم واخـتاره جماعةٌ من المتأخّريـن. قال وهو الّذي نختاره ونرتضيـه تبعًا لذلك الإمام العظـيم. وأجاب السّرّاج فقال: ما نقله السّائل عن الأبهريّ وابن عبد البرّ صحيحٌ، وقد نقل ذلك عن مالك - رحمه الله - فمن قلّد ذلك فهو مخلصٌ، فإنّ من قلّد عالمًا لقي الله سالمًا، وكتب عبد الله تعالى يحيى بن مـحمّـد السّرّاج. ا هـ وانظر قول النّـاظم في القول الرّابع أنّه ما بـه عملٌ مع أنّه المشهور عند الشّيخ خليلٍ وحكى عليه ابن الحاجب الاتّـفاق وإن بحث معه في الاتّفاق كما تقدّم. وقال الشّارح: بعد أن ذكر فتوى عن الأسـتاذ أبي سعيد بن لبٍّ فيمن حلف بالأيمان اللازمة على أمـر يعتـقده فظهر خـلافه وأنّه يلزمـه الطّلاق ورجّح كونه ثلاثًا ثمّ قـال آخر كلامه: أقول: لم تزل الفتيا على عهـد شيخنا أبي القاسم بن سراج - رحمه الله - صادرةً بلزوم الواحدة في الزّوجة للحالف باللازمـة إذا حلف ولـم تكن له نيّةٌ في الثّلاث على وفق الأشياخ الثّـلاثة أبي الحسن القابسيّ وأبي بكر بن عـبد الرّحمن وأبي عمـران الفاسيّ ومن وافقهم عـلى ذلك من أشياخ الأندلس، وربّما اسـتظهروا بتحليف الحانث على عـدم علمه الحكم فيها، حتّى كاد ذلك يؤثر في ذلك العرف المستقرّ فيها قديمًا ا هـ.

والبـكر ذات الأب لا تـخـتـلع إلاّ بـإذن حـاجـرٍ وتمنع

وجـاز إن أبٌ عليـهـا أعـمله كـذا على الـثّـيّـب بعـد الإذن له

(يعني أنّ البكر) ذات الأب لا يجـوز خلعها إلاّ بإذن حاجـرها وهو أبوها، وتمنع من

يلزمه أيضًا كلما تزوجتك إلخ فيـه نظر ظاهر، لأن قوله كلما تزوجتك إلخ وإن دخل فإنه لا يلزم الحالف للحرج بدليل لو حلف به وحده لم يلزمه فكيف مع غيره؟ والعجب من أبي الحسن حيث نقله ولم يعتـرضه. والطلاق الثلاث إذا لزم في امرأة ليس الحـرج فيه كقوله: كلمـا تزوجتك إلخ كما لا يخفى. وملخص هذا أن الثلاث لازم في هذه اليمين وذلك هو الحق الذي يدل عليه العقل والنقل، وإذا كـانت الطلقـة الواحدة خطـأ بينًا لا يلتـفت إليه فكيف بمـن قول لا شيء عليـه إلاّ الاستغفار؟ ولذلـك ابن رشد قال في بيانه بعد كلام في المسألة ما نصّـه: فلا وجه لمن أسقط عن الحالف بهذه اليمين شيـئًا مما كان الشيوخ يلزمونه فيها، ولا لمن جـعل الطلاق فيها طلقة بائنة ولا طلقـة رجعـية، ولا لمن لـم يوجبُ عليه في ذلك إلاّ كـفـارة يمين، هذا لفظه، ولله درّه في هذا التصريح فإنه قطع به النزاع ورفع القناع، وتقدم عنه أن المسألة قاربت اليوم الخروج من الخلاف أي في لزوم الثلاث، وبه تعرف ما فـي قول السراج والحميدي وأن ذلك خطأ لا سيـما كلام السراج وقول الحالف أيمان المسلمين تلزمني. نقل الحطاب عن بعضـهم أن اللازم فيها ثلاث كفارات، وأن اللازم فيـه ما في اللازمة، وهذا الأخـير هو الذي قالـه القرافي وابن الحاج على مـشهور فـتاوى المتأخرين كما في الفائق ولم ينبّه على هذا الحطاب وفي ذلك ما لا يخفى.

(ص): والبكر ذات الأب لا تختلع. إلى آخر الأبيـات الأربعة. قوله: **(يعني أن البكر)** قال

الخلع بغير إذنه، فإن صالح أبوها عنها جاز ذلك، هذا في البكر، وكذا يجوز صلحه عن ابنته الثيّب لكن بإذنها له، أمّا صلح البكر أو صلح أبيها فقال ابن سلمون فإن كانت الزّوجة محجورةً لوالدها فلا يجوز خلعها إلاّ بإذن أبيها. ثمّ قال: ويجوز للأب أن يمضي الخلع عليها دون إذنها إن كانت بكرًا. وقد قال ابن فتحون والمتيطيّ يجوز للمحجورة أن تخالع بإذن أبيها أو وصيّها وتقول بعد إذنه لما رآه من الغبطة. ابن الحاجب: وصلح الأب عن

في المختصر في هذا ما نصّه: لا من صغيرة وسفيهة وذي رق ورد المال وبانت وجاز من الأب عن المجبرة بخلاف الوصي، وفي خلع الأب عن السفيهة[٨٤] خلاف، ولكن لا بدّ من تقديم مقدمة وهي أن العمل على الحالة من هي رشيدة في حالها فأفعالها ماضية ولو كان لها حاجر، ومن هي سفيهة فأفعالها مردودة ولو لم يكن لها حاجر، والصغيرة لا تكون رشيدة إذ البلوغ شرط في الرشد زيادة على الرشد في الحالة، ومن جهل حالها فذات الأب تحمل على الرشد بعد مضي سبع سنين من دخول زوجها بها أو هي ست كما تراه في كتاب الحجر إن شاء الله، وتحمل المهملة على الرشد أيضًا بمضي عام من دخولها، وإذا ثبت هذا فقول المصنف لا من صغيرة أي لا يجوز خلعها يعني ولا يمضي، إذ ما لا يجوز الأصل فيه عدم المضي، وبدليل قوله بعده ورد المال أي كانت ثيبًا أو بكرًا كما هو ظاهر من كلامه، والعلة هي الجبر، والثيب الصغيرة تجبر وهو قول المتن والثيب إن صغرت وعدم مضي خلع الصغيرة به العمل وهو المشهور وإن كان في ذلك خلاف، وظاهر المتن ولو خالعت بخلع أمثالها وهو كذلك وفيه كلام للناس. وقوله: وسفيهة ظاهره كان لها حاجر أبًا أو غيره أو لا، قال الرجراجي وهو المشهور: وهذا من غير موافقة وليّها وإلاّ فذلك ماض وجائز. وظاهر كلام المتيطي والرجراجي أن ذلك لا خلاف فيه ولكن فيه كلام، وإذا ثبت هذا في السفيهة فالصغيرة أحرى، والحاصل لا يصحّ خلع الصغيرة والسفيهة في كل موضع أي وحدهما وظاهره في السفيهة أيضًا ولو خالعت بخلع أمثالها وهو كذلك لكن فيه خلاف، وبذلك تعلم صحة إطلاق خليل. وقوله: وجاز من الأب عن المجبرة أي كيفما كانت المجبرة، وتقدم الكلام على من تجبر، ويدخل في ذلك المجنونة المطبقة، نعم إن كانت تفيق أحيانًا وهي رشيدة فالكلام لها وهذا ظاهر لا يخفى، فلذلك لم يشر إليه لبيانه في نفسه في محله، وظاهر المتن أن الأب يستقل بالخلع عنها وهو كذلك، وظاهره ولو خالع عنها بأكثر من خلع أمثالها وهو ظاهر كلامهم، وقوله بخلاف الوصي أي لا يستقل بالخلع في محجورته، وظاهر المتن كانت سفيهة أو صغيرة وهو كذلك، وأما بموافقة محجورته السفيهة والصغيرة فيجوز، ولكن في هذه الأمور كلام طويل، وقد استحسن خلع الوصي وحده عن محجورته مطلقًا، وقوله بخلاف الوصي ظاهره ولو كان جائزًا وهو كذلك، وإن كان كلام ابن لبابة يدل على أن الوصي المجبر يخالع استقلالاً، وقوله: وفي خلع الأب عن السفيهة خلاف أن يخالع عنها استقلالاً وأما بموافقتها فماض ولا إشكال، وهذه السفيهة غير مجبرة لأنها تقدمت، والراجح في هذا خلاف أن الأب يخالع عن هذه السفيهة استقلالاً وهذا تقرير، وقد تحصل أن الأب يخالع عن الرشيدة ويخالع عمّن عداها

(٨٤) السفيهه: أي سيئة التصرف.

المجبرة بالصّداق كلّه نافذٌ التّوضيح أمّا صلح الأب عن ابنته البكر الصّغيرة والبالغ فجائزٌ الباجيّ (بلا خلاف) وألحق اللّخميّ بها البكر المدخول بها إذا لم تطل إقامتها وطلقت قبل المسيس لأنّ له الجبر على النّكاح، والصّغيرة الّتي ثيّبت قبل البلوغ على القول بجبرها. ولعلّ المصنّف يعني ابن الحاجب عبّر بالمجبرة لهذا. ا هـ. وأمّا صلح الأب عن الثّيّب بإذنها فقال في التّوضيح: وفي صلح الأب عن ابنته البالغ الثّيّب السّفيهة قولان: الأوّل: لابن العطّار وابن الهنديّ وغيرهما من الموثّقين لا يجوز له ذلك إلاّ بإذنها. وقال ابن أبي زمنين وابن لبابة جرت الفتيا من الشّيوخ بجواز ذلك ورأوها بمنزلة البكر ما دامت في ولايته. اللّخميّ. وهو الجاري على قول مالك في المدوّنة ابن راشد والأوّل هو المعمول به ابن عبد السّلام وهو أصل المذهب. ا هـ وفي المختصر: وفي خلع الأب عن السّفيهة خلافٌ يعني

استقلالاً، والوصي لا يخالع استقلالاً مطلقًا، والصغيرة والسفيهة خلعهما استقلالاً غير ماض مطلقًا، ولكن إنما نثق بهذا غاية إذا وقفت على كلام الفحول الذي سلخنا منه هذا الملخص، فإن كلام الناس هنا فهي خلافيات كثيرة واختيارات، وبه نستيعن على ما ذكره هذا الشارح، وبه تعلم ما في كلامه، وقد لفقنا ما لخصناه بما نصّه:

فخلع والد عن ابنة لزم ... إن لم تكن رشيدة فيما علم

بوفقها عليه أو بغيره ... عكس انفراد للوصي بخلعه

بلا تقيد كذا من صغرت ... أو سفهت لدى انفراد قد ثبت

أي الصغيرة و السفيهة إذا انفرد كل واحدة منهما بالخلع فذلك لا يمضي، كما إذا انفرد الوصي به فإنه لا يمضي. وقوله بلا تقيد أي خالع بخلع مثلها أم لا، كانت محجورته سفيهة أو صغيرة، وتركنا الكلام على خلع الرقيق لعدم ذكر الناظم وشراحه له وما خالف ما لخصناه فلا نتبعه وإن كان هو الظاهر من الناظم. قوله: **(بلا خلاف إلخ)** فيه نظر، قال ابن ناجي ما نصّه: قال شيخنا حفظه الله تعالى ظاهرها أنه لا يجوز صلحه عنه إلاّ بشرطين النظر مع الأخذ، أما إن رآه نظرًا دون أخذ فلا يجوز، وما ذكره سمعته أيضًا من شيخنا أبي مهدي قال: ورأيت لشيخنا أبي العباس بن حيدرة قاضي الجماعة بتونس وثيقة حكم فيها بمطلق النظر دون أخذ مال، قال: وما ذكره خلاف قولها أولاً وكذا أخيرًا في قوله: ولا يلزم الصبي أن يطلقها عليه على غير الخلع وأخذ المال. وقال في عرضة أخرى: وقعت هذه المسألة قبل هذا على المتاركة وحكموا بإمضائه وفهموا قولها البدلية لا على المعية فتكون الواو بمعنى أو. قلت: فيتحصل في فهمهما قولان للأشياخ، والذي أقول به قول ابن حيدرة لأنه قد يتعذر الأخذ ويراه مصلحة ضرورة وهو نص اللخمي، وذكر ابن فتحون خلافه، فالقولان مذكوران خارج المدونة وتأول عليها أهـ. بلفظه. والذي أقول به إلخ هو الحق إن شاء الله تعالى، ومن ابتلي بالقضاء عرف هذا، وانظر الشرح في مسائل منها إذا أعطت المرأة ما خالعت به للسفيه هل تبرأ أم لا؟ ومنها حضور الحاجر عند خلع السفيه وأمور كثيرة يكثر وقوعها.

بغيـر إذنها، وأمّا بإذنها فـجائزٌ بلا خلاف والله أعلم. وذهـب النّاظم على القول الأوّل لما تقدّم عن ابن راشد وابن عبد السّلام هذا كلّه في ذات الأب وعليها تكلّم النّاظم، وأمّا ذات الوصيّ فقـال ابن عرفـة وفي خلع الوصيّ عن يتيـمتـه دون إذنها ثالثهـا إن لم تبلغ، وفي اختصـار الواضحة قال فـضل: قال ابن القاسم في المدوّنة: يجوز مـباراة الوصيّ عن البكر برضاها. قلت: فـالأرجح عقده أي: الخلع علـى الوصيّ برضاها لا عليهـا بإذنه. خلافٌ قصـره بعضهم عـليها بإذن الوصيّ اتّبـاعًا منه للفظ الموثّقين، وفي التّـوضيح قـولٌ بخلاف الوصيّ أي فليس له أن يخالع عن البكر على المشهور الباجيّ: وهو مشهور قول ابن القاسم وروايته عن مـالك ومقابل المشـهور رواه ابن نافع عن مالك أنّ الوصيّ يخـالع عن اليتيـمة وهو، لابن القاسمّ أيضًـا ا هـ ابن سلمون: وخلعها جـائزٌ بإذن وصيّها سـواءٌ كان من قبل الأب أو من قبل القاضي إذا كان ذلك على وجه النّـظر لها على ما جرى به العمل، وروي عن مالك أنّ ذلك لا يجوز ا هـ.

وامـــتنع الخلـع عن المحـجـــور إلاّ بإذنـه علـى المشـــــهـــــور
والخلع جـــائزٌ على الأصـــاغــر مع أخـــذ شيءٍ لأبٍ أو حـــاجــر

يعني أنّ الزّوج إذا كان مـحجوراً يعني بالغًا فـإنّه لا يجوز لأبيه ولا لوصيّـه أن يخالع عنه إلاّ بإذنه، وعلى ذلك نبّه بالبيت الأوّل، وأمّا إن كان صغـيراً غير بالغٍ فلا يجوز للأب ولا للوصيّ أن يخالع عنه إلاّ بعوضٍ، وعلى ذلك نبّه بالبيت الثّاني، فقوله: على المحجور يعني البالغ بدليل كلامه في البيت الثّاني عن الصّغير، ومقابل المشهور أنّه يجوز خلعها عنه وقوله: لأبٍ يتعلّق بجائزٍ، والمراد بالحـاجر الوصيّ ووصيّ الوصيّ ووصيّ القاضي قال ابن سلمون: وإن كان الزّوج في ولايةٍ فإمّا أن يكون كبيراً أو صـغيراً دون بلوغٍ، فإن كان كبيراً فخلعه جائزٌ وإن كان بغير إذن وصيّـه؛ لأنّ الطّلاق بيده ويلزمه إذا أوقعه، وتذكر في العقد موافـقة الوصيّ أو الأب إن حضـر على الخلع، وتضمّن الشّـهادة على الجمـيع، ولا يجوز خلع الأب أو الوصيّ عليه بغير إذنه على المشهـور، وقيل: يجوز مثل ما تقدّم في النّكاح. وإن كان صغـيراً فيجـوز خلع الأب والوصيّ عليه بشيءٍ يأخذانه له دون أمـره، ولا يجوز على غير ذلك، ثـمّ قال: ولا يجوز طلاق الصّغيـر ولا خلعه ولا طلاق الأب والوصيّ إلاّ بشيءٍ يأخذانه بلا خلافٍ ا هـ ونحوه نقل الشّارح عن المقرّب ا هـ.

ومن يـطلّق زوجـــةً وتخـــتـلع بـولـدٍ منه لـهـــــا ويـرتجع
ثمّ يطـلّقــهـــا فـــحكم الشّـــرع أن لا يعـــــود حـكم ذاك الخـلع

يعني إن طلّق زوجته على أن تحمّلت له بنفقة ولدها منه إلى الحلم ثمّ راجعها من ذلك الطّلاق فلا إشكال أنّ النّفقة تعود على الأب، فإذا طلّقها ثانيةً فلا تعود نفقة الولد عليها إلاّ

أن تتحمّل بها في الخلع الثّاني ففي طرر ابن عات: في مسائل ابن رشد في المرأة إذا خولعت على أن تحمّلت بنفقة ابنها من الزّوج إلى الحلم ثمّ ارتجعها سقط عنها ما تحمّلته من نفقة ابنه ورجعت على الأب ولا تعود على المرأة إلاّ أن تتحمّل بها ثانيةً ا هـ (فتأمّل في ذلك). وفي ابن سلمون: وكذلك إن ارتجعها فإنّها تسقط عنها ما تحمّلته من النّفقة ولا ترجع على الأب ولا تعود عليها إن طلّقها ثانيةً إلاّ أن تتحمّلها ا هـ.

وإن تمت ذات اختلاعٍ وقفا من مالها ما فيه للدّين وفا
للأمد الّذي إليه التزما وهو مشاركٌ به للغرما

يعني أنّ من خالع زوجته على أن تحمّلت له بنفقة ولدها منه لمدّة معلومة ثمّ ماتت في أثناء تلك المدّة فإنّه يؤخذ من مالها نفقة بقيّة المدّة المضروبة، فإن كان على المرأة دينٌ غير ما التزمته من النّفقة فإنّ للزّوج محاصّة غرمائها بما التزمته من نفقة ولده، (قال في الوثائق المجموعة): قال سحنونٌ تلزمها النّفقة وإن اشترطت عليها خمس عشرة سنة، فإن مات الابن في المدّة لم يكن للزّوج رجوعٌ فيما بقي لأنّها إنّما تحمّلت له رفع مؤنته عنه، ولو ماتت هي وقف من مالها قدر مؤنة الابن إلى انقضاء المدّة الّتي التزمتها، فإن مات الابن قبل انقضائها رجع ما بقي ممّا وقف ميراثًا إلى ورثة المرأة، وإن أفلست رجع ذلك الموقوف إلى الغرماء إن كان بقي لهم شيءٌ من ديونهم إذ للزّوج محاصّة الغرماء بالنّفقة. ا هـ وللأمد يتعلّق بوفاة ونائب التزما للإنفاق بدليل السّياق وما فيه نائب وقفا، وقوله: وهو أي الزّوج مشاركٌ لغرماء المرأة في متخلّفها فيحاصص هو بنفقة ولده والغرماء بدينهم.

وموقع الثّلاث في الخلع ثبت طلاقه والخلع ردّ إن أبت

يعني أنّ من خالعت زوجها بألف مثلاً على أن يطلّقها واحدةً فطلّقها ثلاثًا فلم ترض ذلك وأبته فإنّ الثّلاث تلزمه ويردّ الألف، (قال ابن سلمون): الخلع طلقةٌ واحدةٌ بائنةٌ وإن شرط أنّها رجعيّةٌ على المشهور، وإن أوقع ثلاثًا على الخلع نفذ الطّلاق وسقط الخلع، ابن عرفة: وروى اللّخميّ إن أعطته مالاً على تطليقها واحدةً فطلّقها ثلاثًا لزمه، ولا قول لها،

(ص): ومن يطلق زوجة وتختلع. إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: (فتأمل في ذلك) كذا هو في ابن الناظم بعد نقله كلام ابن عات.

قوله: (قال في الوثائق المجموعة) كلامه في هذا حسن تبعًا للوثائق المذكورة.

(ص): وموقع الثلاث في الخلع ثبت البيت. قوله: (قال ابن سلمون) نصّ ابن سلمون من كتابه هو قوله ما نصّه الخلع طلقة واحدة بائنة، فإن أوقع طلاقًا على الخلع ولم يبين عدده فإنه يكون واحدة، وإن شرط أنها تكون رجعية ففيها قولان مشهورهما أنها تكون بائنة، وكذلك إن

وأرى: إن كان راغبًا في إمساكـها فرغبـت في الطّلاق أن لا قول لها، وإن كان راغـبًا في طلاقها فأعطته على أن تكون واحدةً. فترجع بجميع ما أعطته؛ لأنّها إنّما أعطته على أن لا يوقع الاثنتين لتحلّ له إن بدا لهـما من قبل زواجٍ. قلت: الأظهـر رجوعها عليـه بما أعطته مطلقًا لأنّه بطلاقه إيّاها ثلاثًا يعيـبها لامتناع كثيرٍ من النّاس من تزويجهـا خوف جعلها إيّاه محلّلاً فتسيء عشرته ليطلّقها فـتحلّ للأوّل. ا هـ قال الشّارح - رحمه الله -: وجه القول بالرّجوع مطلقًـا ظاهرٌ وإيّاه اعتـمد الشّيخ - رحـمه الله - في هذا البيـت، ويظهر من ابن عرفة كونه ساقه نظرًا من قـبل نفسه، ومثله منصوصٌ في وثائق ابن سلمون. فرعٌ: وكذلك عكس هذه المسألة خالعته على أن يطلّقها ثلاثًا فطلّق واحدةً: لا كلام لها لأنّ مقصودها قد حـصل. ابن الحاجب: ولو قـالت: طلّقني ثلاثًا على ألـف. فقـال: طلّقتك واحـدةً. أو بالعكس وقع ذلك على المنصـوص فيـهمـا؛ لأنّ مقـصودهـا قـد حصل، قال فـي إيضاح المسالك: والمذهب أن لا كلام لها، وصحّح ابن بشيـر تخريج اللّخميّ الخلاف على القاعدة يعني قاعدة اشتراط ما لا يفيد هل يجب الوفاء به أم لا؟ واختار بعضهم أنّه شرطٌ يفيد تقية غلبة الشّـفاعة لها في مراجـعته على كراهة منهـا. ا هـ وعلى أنّه من شرط ما يفـيد تلزمه واحدةٌ، ويردّ الخلع كمسألة النّاظم واللّه أعلَم. وإلـى المسألتين أشار الشّيخ خليلٌ بقوله: أو طلّقني ثلاثًا بألفٍ فطلّق واحدةً أو بالعكس، فمـسألة العكس في كلام ابن الحاجب وخليلٍ هي مسألة النّاظمِ، والأوّل في كلامهما هي مسألة هذا الفرع.

ومـــــوقع الطّـلاق دون نيّـــــة بطـلقـــةٍ يفـــارق الزّوجـــيّـــهْ

طلقهـا طلقة رجـعيـة على أن أسقطت عنه نفـقتهـا طول العدة فـإنها تنفـذ.وتكون بائنة عند ابن القاسم، فإن أوقع ثلاثًا على الخلع وأبت المرأة فإن الطلاق ينفذ ويسقط الخلع اهـ. بلفظه. وقوله: وأبت هو من البتات الذي هو القطع لا من الإباية التي هي الامتناع، هكذا وجدت اللفظ مضبوطًا في نسخة بتشديد التاء بالقلم من كون ابن سلمون يحـتمل أراد المسألة المشهورة وهي مضمون قول المختصر أو قـال إن خالعتك فأنت ثلاثًا. فإن قلت: من أين يفهم التـعليق من كلام ابن سلمون؟ قلت: وكذلك حمل شارحـو التحفة حيث قرّروا المتن بقولهم يعـني أن من خالعت زوجها بألف مثـلاً على أن يطلقـها واحدة إلـخ، وحملوه على كـلام ابن سلمون من أن زيادتهم لا تفـهم من التـحفة ولا من كـلام ابن سلمـون، وأما حمل كـلام التحـفة على خـلاف ما قـاله الناس وهو المنصوص فـبعيد جـدًا، ولم أجد المسألة في الوثائق المجـموعة ولا في المتيطيـة وهذا عجب، مع احتمـال أن يكون كلام ابن سلمون معناه مـا أشرنا إليه، وإن كان كـلام التحفة فـيه إن أبت فإنه يحتمل أن يكون من البتات وخفّفه للضرورة وفاعله ضمير الزوج لا الزوجة، وعليه فكلام التحفة موافق لكلام ابن سلمون، فتحمل التحفة على مسألة التعليق، وعلى هذا فما فسّر به شراح النظم لا ينبغي، وقول التحفة في الخلع يحتـمل أن يتعلق بمحذوف تقديره في التعليق على الخلع ويصحّ الكلام والفقه.

وقيل بل يلزمه أقصاه والأوّل الأظهر لا سواه

يعني أنّ من طلّق زوجته ولم ينو واحدةً ولا ثلاثًا فقيل تلزمه طلقةٌ واحدةٌ لأنّها محقّقةٌ، وقد حصل بها مسمّى الطّلاق، وقيل: يلزمه الثّلاث احتياطًا. والأوّل وهو لزوم الواحدة أظهر. قلت: والخلاف مبنيٌّ جارٍ على الخلاف في اللّفظ المحتمل لأقلّ ولأكثر إذا لم تصحبه نيّةٌ هل يحمل على أقلّ مصدوقاته أو على أكثرها؟ وللمسألة نظائرها وفي طرر ابن عات: من قال: طلّقت امرأتي ولا نيّة له، فقيل إنّها واحدةٌ، وقيل إنّها ثلاثٌ، ذكر ذلك ابنُ رشد في طلاق السّنّة. اهـ وفي ابن سلمون: فإن طلّقها ولم تكن له نيّةٌ ففي ذلك قولان: أحدهما: أنّه تلزمه طلقةٌ واحدةٌ والثّاني أنّه تلزمه الثّلاث ذكر ذلك ابن رشد في طلاق السّنّة. وسئل - رحمه الله - في رجلٍ تشاجر مع امرأته فقال لها: «أنت طالق ثمّ اتّبعته بالسّبّ وقبيح الكلام فقال لها: أنت طالقٌ ثلاثًا ولم تكن له نيّةٌ في شيءٍ من ذلك فأجاب: إذا كان الأمر على ما وصفت فقد بانت منه بثلاث تطليقات ولا سبيل له إليها إلاّ بعد زوجٍ. اهـ وهذا بناءً على حمل الطّلاق الأوّل على الرّجعيّ فلذلك ألزمه الثّلاث الّتي أوقع عليها بعد ذلك، وقد تلخّص من هذا أنّ من طلّق ولا نيّة له في واحدة ولا في ثلاث وقلنا تلزمه واحدةٌ إنّ تلك الواحدة رجعيّةٌ يرتدف[85] عليها الطّلاق وكذا يتحصّل من جواب الإمام أبي سعيد ابن لبٍّ فيمن قال: نعم مطلّقٌ أنا ثمّ بعد يومين قال: هي طالقٌ وهي عليه حرامٌ أنّه إن أراد بقوله: مطلّقٌ أنا طلقةً مملّكةً فلا يرتدف عليها ما ذكره من التّحريم، فإن أراد مراجعتها حلف أنّه قصد الطّلقة المملّكة. وإن أراد بها طلقةً رجعيّةً أو لم يرد رجعيّةً ولا مملّكةً وإنّما نوى الطّلاق دون صفته فإنّه يرتدف عليه التّحريم الّذي ذكره بعد ذلك، فإن كان قصد بالتّحريم تفسير الطّلاق الّذي أوقعه أوّلاً فقد لزمه حكمه، والتّحريم

(ص):وموقع الطلاق دون نية إلى آخر البيتين. وحاصل ما ذكره هنا شراح النظم أنه إذا قال هي طالق ولا نية فهي واحدة على الراجح، وبه أفتى خليل حيث قال: وتلزم واحدة إلاّ لنية أكثر، وهذه الواحدة رجعية هذا أصلها، وأما في زمن ابن الناظم فالأظهر أنها بائنة لعدم معرفة الناس الرجعي أي في زمنه، وعلى كونها رجعية يرتدف عليها الطلاق وعلى كونها بائنة لا يرتدف عليها الطلاق مع الفصل ويصدق الحالف أنه أراد بها الطلقة المملكة وعليه فلا ارتداف، وفي المعيار عن ابن لب أن قول الزوج هي طالق طلقة واحدة رجعية إلاّ أن ينوي المملكة فتكون واحدة بائنة بيمينه ولا يرتدف عليها طلاق، وما استظهره ابن الناظم نقله الشيخ ميارة وسلمه وربما استحسنه واستدل له بقوله: ولأجل ذلك أي عدم معرفة الناس الرجعي لا تجد مطلقة تطالب مطلقًا بنفقة العدة، ولكن انظر هذا عند كلامنا على المملكة فيما تقدم وعقد قول المتن في الشرح ولو بلا عوض نص عليه.

---

(٨٥)يرتدف: يتبع.

إذا لزم فهو الثّلاث: قال الشّارح ما معناه: وعلى لزوم الواحدة لمن لا نيّة له فهل تكون رجعيّةً يرتدف عليها التّحريم كما ذكر الأستاذ أو بائنًا؟ قال: وهو الأظهر في هذه الأزمنة لعدم معرفة النّاس بالرّجعيّ فلا يرتدف التّحريم ا هـ.

وما امرؤٌ لزوجةٍ يلتزم ... ممّا زمان عصمةٍ يستلزم

فذا إذا دون الثّلاث طلّقا ... زال وإن راجع عاد مطلقا

مثل حضانةٍ والإنفاق على ... أولادها ومثل شرطٍ جعلا

يعني أنّ الزّوج إذا التزم لزوجته ما شأنه أن يلتزم زمان العصمة كحضانة أولادها والنّفقة عليهم وكالغيبة عنها أو الرّحيل بها والإخدام ونحو ذلك من الشّروط المعتادة ثمّ طلّقها دون الثّلاث فإنّ ذلك يسقط عنه، فإذا راجعها رجع إليهما كان التزمه، فإذا طلّقها ثلاثًا ثمّ راجعها بعد زوجٍ فإنّ ذلك لا يعود عليه، وهذا يؤخذ من مفهوم قوله: فذا إذا دون الثّلاث طلّقا البيت إذ مفهومه أنّه إن طلّق ثلاثًا ثمّ راجعها لم يعد عليه. وقوله: مثل حضانة والإنفاق البيت هو تمثيلٌ لقوله: وما امرؤٌ لزوجةٍ يلتزم ولو جعله إثره لكان أنسب ففي طرر ابن عات: وسئل يعني ابن رشد عن رجلٍ تزوّج امرأةً وطاع لها بالنّفقة على ابنٍ لها من غيره مدّة الزّوجيّة ثمّ طلّقها وانقضت عدّتها ثمّ راجعها هل تعود النّفقة أم لا؟ فقال: تعود عليه ما بقي من طلاق المملّك شيءٌ، فإن ادّعى الزّوج أنّه إنّما التزم النّفقة دون الكسوة فالقول قوله مع يمينه، وحكى ابن زرب أنّه تلزمه الكسوة مع النّفقة، (ورجّح ابن عرفة) اندراج الكسوة في النّفقة. فرعٌ: سئل الأستاذ أبو سعيد بن لبٍّ عن الزّوجة إذا أسقطت عن زوجها حكم الطّوع بنفقة أولادها من غيره هل لها ذلك وينتفع الزّوج بإسقاطها أم لا؟ فأجاب ليس للزّوجة أن تسقط عن زوجها حكم الطّوع ولا ينتفع الزّوج به إن فعلت؛ لأنّ حقّ الأولاد تعلّق بالطّوع فليس لأمّهم إسقاطه وإن كانت وصيًّا عليهم؛ لأنّ

(ص): وما امرؤ لزوجة يلتزم إلى آخر الأبيات الثلاثة.

قوله: **(ورجح ابن عرفة إلخ)** قف على المسألة صدر فصل النفقة في الشرح فإنا جمعنا كلام الناس في المسألة غاية، والذي يظهر من ذلك رجحانه أن من التزم كسوة إنسان لا تلزمه نفقته، ومن التزم نفقته لا يلزمه مسكن ولا إخدام، وكذلك الكسوة على ما يظهر أنه هو القوي والراجح خلاف ما رجح ابن عرفة، وإن كان ابن الناظم استظهر ترجيح ابن عرفة واعتراضه على غيره وذلك لا يظهر أصلاً، قف على التحقيق في ذلك في المحل المذكور، ومع ذلك فالواجب في ملتزم النفقة أن يرجع في ذلك إلى عرف بلده كما أشرنا إليه في المحل المذكور، وكلام الناس دال على ذلك، ولا يعدل عن ذلك الأمر إلاّ من لم يفهم أو لم ينصف.

قوله: **(وهذا خلاف ما تقدم إلخ)** لم تظهر مخالفة عند التأمّل الصادق، وما ذكروه هنا من

وصيّ المحجور لا يفوّت عليه مالاً بغير عوض، وقد نصّ ابن رشد في النّوازل على أنّ المرأة ليس لها أن تسقط عن زوجها من الشّروط إلّا ما لا يتعلّق به حقٌّ لغيرها لتطليق نفسها إن تزوّج عليها، فإن كان الشّرط أنّ الدّاخلة عليها طالقٌ فهذا لا يسقط لأنّه تعلّق به حقّ الله تعالى. من الفائق للونشريسيّ وانظر إذا تطوّع بنفقة ولدها هل تنقطع ببلوغه عاقلاً قادراً على التّكسّب كما تنقطع بذلك عن الأب أو لا تنقطع إلاّ بموت أحد الزّوجين أو فراقهما لقول الموثّق في وثيقة الالتزام مدّة الزّوجيّة بينه وبين أمّه: قال الحطّاب في الالتزام فرعٌ: قال ابن زرب: وفي الطّرر: رأيت في بعض الكتب إن كان الطّوع بنفقة الولد لمدّة الزّوجيّة فإنّما يلزم الزّوج الإنفاق على الرّبيب ما دام صغيراً لا يقدر على الكسب ا هـ. وجزم به ابن سلمون ونصّه: وإن كان الطّوع لمدّة الزّوجيّة فإنّما يلزم الزّوج الإنفاق على الرّبيب ما دام صغيراً لا يقدر على الكسب ا هـ. الحطّاب (وهذا خلاف ما تقدّم) عن مختصر المتيطيّة ومعين الحكّام، قال في معين الحكّام: إذا طاع الزّوج بنفقة ابن امرأته أمد الزّوجيّة جاز بعد ثبوت العقد، وإن كان ذلك في العقد لم يجز للغرر ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل ويبطل الشّرط.

كذا جرى العمل في التّمتيع	بأنّه يرجع بالرّجوع
وشيخنا أبو سعيد فرّقا	بينهما ردًّا على من سبقا
وقال قد قاس قياسًا فاسدًا	من جعل البابين بابًا واحدًا
لأنّه حقٌّ له قد أسقطه	فلا يعود دون أن يشترطه
وذاك لم يسقطه مستوجبه	فعاد عندما بدا موجبه

أنه إذا قدر على الكسب فإن نفقته تسقط عن الملتزم نقله ابن عرفة وسلمه وجعل مثل ذلك إذا طرأ مال له، انظر عند قول المصنف: وعلى الصغير إن كان له مال إلخ في الشرح، وما ذكره الناظم في هذه الأبيات به العمل كما في المتيطي وغيره.

(ص): كذا جرى العمل في التمتيع إلى آخر الأبيات الستة، وما شنع به ابن لب على الجزيري غير بيّن، وما جرى به العمل هو الأول، وقول ابن لب لأنه حق له قد أسقطه هذا الإسقاط ليس صريحًا، وإنما طلق ما يرد معه الزوجة بلا زوج، ولعله لم ينو أنه لا يردّها بل نوى ردّها فالعصمة لم تنقطع بطلقة، فافهم هذا فلعله أن يكون دليلاً للجزيري. وفي ابن الناظم جواب يوافق ما قاله الجزيري: والمختلعة إذا روجعت لا يرجع إليها ما أعطته للزوج لفك العصمة[٨٦] كما أشار إليه هذا الشارح.

(٨٦) العصمة: هي رباط الزوجية يحله الزوج متى شاء وللمرأة حله إذا اشترط ذلك.

والأظهــر العــود كــمن تخــتلع فكــلّ مـــا تتـــركـــه مـــرتجع

تقدّم في شرح قوله آخر فصلٍ في حكم فاسد النّكاح وما يتعلّق به:

ويفـــســـد النّكـاح بالإمـــتـــاع في عـقـــدته وهو على الطّوع اقـــتـفي

أنّ الإمتـاع هو أن تعطي الزّوجة وأبوهـا للزّوج داراً يسكنها أو أرضًـا يعمّرهـا ونحو ذلك، وأنّ ذلك إن كان في نفس عـقد النّكاح فالنّكاح فاسـدٌ. وإن كان طوعًا بعد الـعقد فجـائزٌ. ولمّا ذكر النّاظم في الأبيات قـبل هذه حكم ما التزمـه الزّوج لزوجته. وإن طلّقـها سقط عنه وإن راجعها رجع عليه إلاّ إذا طلّقها ثلاثًا وراجعها بعد زوجٍ فلا يعود عليه إلاّ إذا التزمه ثانيةً في هذه المراجعة ذكر هنا أنّ الإمتـاع كذلك وأنّها إن أمتعته سكنى دارها مثلاً ثمّ طلّقها فلا سكنى له، فإن راجعها رجـعت إليه السّكنى، إلاّ إذا طلّقها ثلاثًا ثمّ راجعها بعد زوجٍ لم ترجع له، فلا فـرق في الحكم بين ما التـزمه الزّوج لزوجتـه وما التزمـته هي له. وعلى هذا نبّه بالبيت الأوّل وأخبر فيـه أنّ الّذي جرى به العمل أنّ المسألتين سواءٌ، أنّه وإن طلّق دون الثّلاث ثمّ راجعها له ما أمتعتـه به، ثمّ أخبر النّاظم عن شيخه أبي سعيد ابن لبٍّ - رحمهما الله - أنّه فرّق بين المسـألتين ردًا على من سبق ممّن ساوى بينهما وهو الإمام ابن القاسم الجـزيريّ مؤلّف المقصد المحـمود - أحد الكتب الأربعة الّـتي ينقل منها النّاظم -. وقال: إنّ من قاس مسألة الإمتاع على مسألة التـزام الزّوج فإنّ قياسه فاسدٌ لا عمل عليه لما بينهما من الفرق. وعلى ذلك نبّه بقوله: وشيخنا أبو سعيد فرّقا البيتين فقوله: من جعل هو فاعل قاس، وفاعل قال: لأبي سعيدٍ وردًا مفعولٌ من أجله، ثمّ بيّن الفرق بين المسألتين في قوله: لأنّه حقٌّ له قـد أسقطه البيتينَ، وأنّه في مـسألة الإمتاع الحقّ للزّوج، فـإذا طلّق فقد أسقط حقّه فلا يعود إليه بالمراجعة إلاّ إذا أمتع ثانيةً، وأمّا ما التزمه الزّوج لزوجته فإنّ الحقّ فيه للزّوجة أو لبنيهـا وهم لم يسقطوا ما وجبَ لهم فيعود ذلك لهم إذا عاد سببه وموجبه وهو الزّوجـيّة. وقـوله: لأنّه أي الإمتـاع حقٌّ له أي للزّوج. وقوله وذلِك أي: مـا التزمـه الزّوج. ثمّ أخبـر النّاظم أنّ الأظهر عنده من الرّأيين عـود الإمتاع بالمراجـعة كمـا صدّر به أوّلاً، ونظر ذلك بالمسـألة المتقـدّمة قـريبًا وهو من التـزم لزوجتـه نفقة أولادهـا أو شروطًا فطلقت دون الثّلاث بخلعٍ يعني أو بغيـر خلعٍ ثمّ راجعها فإنّ كلّ ما الـتزم لها أوّلاً ممّا ذكر يرجع عليه كـما كان، ولمّا كان لهـا على الزّوج شروطٌ وتسقط عنه بالطّلاق صـارت كأنّها أعطته شيـئًا ليطلّقها فسـمّاها مختلعةً، وحـاصله أنّه استظهر استواء المـسألتين ولم يظهر له الفرق المتقدّم، وعلى هذا نبّـه بقوله: كمن تختلع فكلّ ما تتركه مـرتجع فإن كان هذا مراده ففي قوله: كمن تختلع إلخ تكرارٌ مع قوله كذا جرى العمل في التّمتيع البيت وتتركه بمعنى الماضي أي تركته. وما سقط من حقّـها بالطّلاق أي يعود بالمراجعة. ولا يعني واللّه أعلم - أنّ كلّ ما تتركه المختلعة للزّوج من المال ممّا أعطـته له من يدها أو سلّمت له فيه ممّا في ذمّته

يجب ردّه إليها إذا راجعها، إذ قد يتراجعان على ذلك وقد يردّ لها بعضه وقد لا يردّ لها شيئًا ولا يعطيها إلاّ ما يحلّ به النّكاح فانظر ذلك والله أعلم. وبهذا حمل الشّارح قوله: كمن تختلع، ولفظه: والأظهر عودة التّمتيع كالمختلعة الّتي تترك ما كان لها في مهرها من كالئ وسواه فإذا عادت الزّوجيّة بينها وبين مفارقها عاد عليه كلّ ما تركته. ا هـ وهو غير ظاهرٍ لما قلنا من أنّ عود ما أعطته إنّما هو اتّفاقيٌّ في بعض الصّور لا لازمٌ حتّى يقاس عليه. قال في المقصد المحمود: وإن أعمرت زوجةٌ زوجها في دارها أو غيرها مدّة الزّوجيّة فطلّقها الزّوج فإن راجعها بقيت له العمرى ما بقي من طلاق ذلك الملك شيءٌ، فلا ينقطع إلاّ بالثّلاث إن راجعها بعد زوجٍ؛ لأنّ قوله: أمد الزّوجيّة يقتضي أمد العصمة وقد قال القاضي أبو الوليد بن رشد فيمن تطوّع لزوجه بنفقة ابنها من غير أمد الزّوجيّة فطلّقها ثمّ راجعها وأبى من الإنفاق فإنّ الإنفاق لازمٌ له ما بقي من طلاق ذلك الملك شيءٌ. كما قالوا في عودة اليمين قال الشّارح رحمه الله: وما أشار إليه الشّيخ - رحمه الله - من تفريق الأستاذ أبي سعيد ابن لبٍّ - رحمه الله - بينهما فإنّه قوله:

ورجعة الزّوج تفيد كلّ ما ... قد كان في عصمته ملتزمًا
من شرطٍ أو نفقةٍ لا تلزمه ... وإن يمتّع فالطّلاق يهدمه
لأنّه حقٌّ له قد تركه ... وغيره من بعده قد ملكه
وذاك حقٌّ واجبٌ عليه ... فلم يكن إسقاطه إليه

فصل في التداعي في الطلاق أي في النزاع عند الطلاق

والزّوج إن طلّق من بعد البنا ... ولادّعاء الوطء ردّ معلنا
فالقول قول زوجةٍ وتستحقّ ... بعد اليمين مهرها الّذي يحق
وإن يكن منها نكولٌ فالقسم ... عليه والواجب نصف ما التزم
ويغرم الجميع مهما نكلا ... وإن يكن لا لابتناء قد خلا
فالقول قول زائرٍ وقيل بل ... لزوجةٍ وما عليه من عمل

يعني أنّ من تزوّج بامرأةٍ وخلا بها خلوة اهتداءٍ أي جيء بها إليه ومكّن منها وخلّي

فصل في التداعي في الطلاق

والزوج إن طلق من بعد البنا. إلى آخر الأبيات الخمسة ; وهذه المسائل هي قول المختصر

بينه وبينها الجوهريّ: هديت المرأة إلى زوجها هداءً وهي مهديّةٌ ثمّ طلّقها وقال: لم أمسّها. وقالت: بل مسّني. فالقول قولها مع يمينها، ولها الصّداق كاملاً، وعلى هذا نبّه بقوله: والزّوج إن طلّق البيتين وذلك لأنّ إرخاء السّتر شاهدٌ عرفيٌّ فتحلف معه وتستحقّ، فإن نكلت عن اليمين حلف الزّوج ولم يكن لها إلاّ نصف الصّداق، وعلى هذا نبّه بقوله: وإن يكن منها نكولٌ فالقسم البيت وذلك لأنّ نكولها كالشّاهد للزّوج فيحلف معه ويسقط عنه نصف الصّداق، فإذا نكل هو أيضًا بعد نكولها فيجب عليه الصّداق كاملاً، وعلى ذلك نبّه بقوله: ويغرم الجميع مهما نكلا وذلك لقولهم: النّكول بعد النّكول تصديقٌ للنّاكل الأوّل وهو هنا الزّوجة فلها جميع الصّداق وهذا إذا كانت الخلوة خلوة اهتداء، وأمّا إن كانت الخلوة خلوة زيارة فالقول قول الزّائر منهما مع يمينه، فإن زارته فالقول قولها أنّه مسّها ولها جميع الصّداق، وإن زارها هو فالقول قوله إنّه لم يمسّها وعليه نصف الصّداق، وقيل القول قول الزّوجة سواءٌ زارته أو زارها، وليس العمل على هذا القول، فقوله: والزّوج إن طلّق

وصدقت في خلوة الاهتداء وإن بمانع شرعي وفي نفيه وإن سفيهة وأمة والزائر منهما وإن أقر به فقط أخذ إن كانت سفيهة، وهل إن أدام الإقرار لرشيدة كذلك أو إن كذبت نفسها تأويلان.
فقوله: صدقت أي المرأة كانت رشيدة أو لا حرة أو لا كبيرة أو صغيرة وهو كذلك في الجميع، وظاهره ولو لم يطل معها في الخلوة بل بقدر ما يمكن أن يطأها وهو كذلك وظاهره بلا يمين، وفي المسألة خلاف والراجح هو اليمين وكأنه اتكل على أن العرف يحلف معه وتصديقها إنما هو للعرف والتي تحلف غير الصغيرة كما أخرجها ابن محرز من ذلك وقول ابن عرفة ثالثها إن لم تكن صغيرة مشكل واتباعه الحطاب أشكل إذا حلف الصغيرة لا يظهر أصلاً، ويأتي أن الصبي لا يحلف مع شاهده وهو قول المتن في الشهادات أن لا صبي إلخ وتقدم.وحلفت هي أو أبوها إن كانت سفيهة، لكن السفيه يحلف في الجملة كما إذا قام له شاهد وهو قول المتن: وحلف عبد وسفيه مع شاهد إلخ. والحاصل الصغيرة لا تحلف هنا على ما يظهر رجحانه ومبني الخلاف هنا كما في ابن محرز وابن بشير هل العرف كشاهد أو كشاهدين؟ فعلى الأول هذه صغيرة قام لها شاهد والصغير لا يحلف مع شاهده، وعلى الثاني فلا يمين حتى على الكبيرة. وقوله: وإن بمانع شرعي أي ولو كان الزوج صالحًا على مذهبها خلاف ما أشار إليه اللخمي. وقوله: وفي نفيه أي وأنكر بدليل قوله: وإن أقرّه وقوله: وإن سفيهة وأمة، والصغيرة كذلك لعلة كون الوطء لا يعلم إلاّ من جهتها وهذا منصوص عليه، والقول بالنظر للحرة هو المذهب، وقوله: والزائر منهما أي يصدق أنه لم يطأها إن زارها وتصدق هي إن زارته أنه وطيء، والقرينة أن التصديق إنما يقال فيما ينفع الإنسان عكس الإقرار. وقوله: وإن أقرّ به إلخ أي وأحرى الأمة والصغيرة بيّنا الأحروية في الشرح وظاهره ولو زارته وهو كذلك لكن فيه خلاف وبه تعلم ما في اعتراض ح مع أن ما اعترض به في باب آخر. وقوله: وهل إن أدام لأن الإقرار إلخ إنما قال إن أدام لأن إكذابها نفسها إنما يفيدها إذا وجدته لم يرجع عن إقراره إلخ فاستعن به على ما تركه هذا الشارح أو خالفه فافهم.

من بعد البنا أي من بعد الخلوة بها إن كانت خلوة اهتداء. قال في التّوضيح: أي خلّي بينه وبين امرأته. وهو مراد علمائنا بإرخاء المستور (وليس المراد) إرخاء ستر ولا إغلاق باب. قاله ابن أبي زمنين. ا هـ ومفهوم قوله: من بعد البنا أنّهما إذا اختلفا في المسيس بعد العقد عليها ولم تثبت خلوةٌ بينهما فإنّ القول في ذلك قول الزّوج. نقله الشّارح عن ابن حارث ولادّعاء يتعلّق بردٍّ ولامه زائدةٌ، ومعلنًا حالٌ من فاعل ردّ العائد على الزّوج، وكان في قوله: وإن يكن منها نكولٌ تامّةٌ وألف نكلا للتّثنية، أي كلٌّ منهما، وقد خلا خبر كان من قوله: وإن يكن للابتناء، وقوله: فالقول قول زائرٍ هو جواب قوله: وإن يكن قال في المقرّب: قال سحنونٌ: قال عبد الرّحمن بن القاسم: قال مالكٌ في رجلٍ تزوّج امرأةً وخلا بها وأرخى السّتر عليها ثمّ طلّقها وقال: لم أمسّها، وقالت: قد مسّني فالقول قولها وعليها العدّة ولها الصّداق كاملاً إذا كان الدّخول عليها دخول بناء وسواءٌ في هذا دخل عليها في بيته أو بيتها، قلت: فإن كان بنى بها ودخل عليها نهارًا في رمضان أو وهي صائمةٌ صيام نذر أو كفّارة أو تطوّع ثمّ طلّقها من يومه أو كانت محرمةً أو حائضًا فطلّقها قبل أن تحلّ إحرامها أو تغتسل من حيضتها وأنكر المسيس؟. فقال سئل مالكٌ عن رجلٍ دخل على امرأته وهي حائضٌ ثمّ اختلفا، فقال الزّوج: لم أمسّها، وقالت المرأة: بلى قد مسّني فالقول قول الزّوجة إذا أرخيت عليهما السّتور فأنا أرى كلّ من خلا بامرأته وادّعت أنّه قد مسّها فالقول قولها إذا كانت خلوة بناء، وإن كانت حين خلا بها في حالةٍ لا ينبغي له أن يجامعها فيها. ا هـ وقد اختصر ابن الحاجب هذه المسألة بأوجز عبارةٍ وألطف إشارةٍ فقال: والمذهب أنّ القول قولها في الوطء إذا خلا بها خلوة اهتداء وإن كانت محرمةً، أو حائضًا، أو في نهار رمضان. ثمّ قال: وفي خلوة الزّيارة مشهورها قول الزّائر منهما للعرف بخلاف خلوة الاهتداء. التّوضيح: المشهور إن زارته فالقول قولها لأنّ العرف أنّ الرّجل ينشط في بيته، وإن زارها هو في بيتها فالقول قوله لأنّ العرف أنّ الرّجل لا ينشط إليها، وهذا معنى قوله: للعرف ا هـ وقال المتيطيّ: القول قولها رشيدةً كانت أو سفيهةً، كان البناء في داره أو في دارها، وقع الطّلاق عن قربٍ من البناء أو بعد، ولها المهر كلّه ولا رجعة له لإنكاره الوطء، واختلف في يمينها، وسكت عن اليمين في المدوّنة، وقال في كتاب محمّد وكتاب ابن الجهم: عليها اليمين. ا هـ. وعلى وجوب اليمين اعتمد النّاظم لأنّ إرخاء السّتور شاهدٌ عرفيٌّ كمعرفة العفاص والوكاء في اللّقطة، والمشهور أنّ العادة والعرف كشاهدٍ واحدٍ فلا بدّ من اليمين معه، وقيل: كالشّاهدين فلا يمين. وقال المتيطيّ أيضًا: وقال القاضي أبو محمّد قاعدةٌ: كلّ من حكم بقوله فلا بدّ من يمينه. ا هـ. وقال ابن الحارث: روي عن ابن وهب أنّه قال: رجع مالكٌ عن كون القول قول الزّائر إلى أنّ القول قول المرأة حيثما أخذهم السّتر

قوله: **(وليس المراد إلخ)** الأمر كذلك ولكن أصل التسمية هي الأمر الغالب وهو أن الغالب إرخاء ستر على الزوج أو غلق باب ولكن لا يكون ذلك إذا انتفى تصديق الزوجة.

وكانت الخلوة. اهـ وعلى هذه الرّواية نبّه النّاظم بقوله: وقيل بل لزوجةٍ وما عليه من عمل ولم ينقل الشّارح فقهًا يوافق قول النّاظم:

وإن يكن منها نكولٌ فالقسم عليه والواجب نصف ما التزم

ويغرم الجميع مهما نكلا ....

ولكنّه جارٍ على الفقه ظاهر الوجه واللّه أعلم.

ومن كسا الزّوجة ثمّ طلّقا يأخذها مع قرب عهدٍ مطلقًا

والأخذ إن مرّت لها شهور ثلاثةٌ فصاعدًا محظور

وإن يكونا اختلفا في الملبس فالقول قول زوجةٍ في الأنفس

والقول للزّوج بثوبٍ ممتهن ولبس ذات الحمل بالحمل اقترن

وحيثما خلفهما في الزّمن يقال للزّوجة فيه بيّني

وعجزها يمين زوجٍ يوجب وإن أراد قلبها فتقلب

اشتملت الأبيات على مسائل: الأولى: من كسا زوجته ثمّ طلّقها طلاقًا بائنًا ولا حمل بها بحيث لا يجب لها عليه كسوةٌ، وأراد الزّوج أخذ كسوته، فإن كانت كسوته لها قبل الطّلاق بأقلّ من ثلاثة أشهرٍ فله أخذ كسوته كيفما وجدها، وإن كانت قبل الطّلاق بثلاثة أشهرٍ فصاعدًا فلا يأخذها، وإلى هذه المسألة أشار النّاظم بقوله: ومن كسا الزّوجة ثمّ طلّقا البيتين ومعنى الإطلاق في البيت الأوّل كيفما وجدها خلقةً أم لا. المسألة الثّانية إذا كساها ثمّ طلّقها وادّعى أنّها الكسوة الواجبة عليه ليستردّها (إن كان الطّلاق بالقرب) كما ذكر في المسألة الأولى، وادّعت هي أنّه أهداها لها فهي هبةٌ قد حيزت، فالقول للزّوجة في الثّوب الرّفيع المناسب لدعواها، والقول قول الزّوج في ثوب المهنة المناسب لما يفرض عليه ويلزم به، وإلى هذا أشار بقوله:

وإن يكونا اختلفا في الملبس فالقول قول زوجةٍ في الأنفس

والقول للزّوج بثوبٍ ممتهن المسألة الثّالثة: من طلّق زوجته حاملاً (فإنّ لها عليه

(ص): ومن كسا الزوجة ثم طلقا. إلى آخر الأبيات الستة.

قوله: **(إن كان الطلاق بالقرب)** لم يصرّح به ابن الناظم، ووجه القيد أنه يريد ردّها، والردّ إنما يكون بالقرب فالقيد بيّن.

الكسوة) ما دامت حاملاً، وإليها أشار بقوله: ولبس ذات الحمل بالحمل اقترن المسألة الرّابعة: إذا كساها وطلّقها واتّفقا على أنّها الكسوة الواجبة عليه ولكن اختلفا في قرب الزّمان وبعده، فادّعى الزّوج قرب زمان كسوته لها ليستردّها منها، وادّعت هي طول زمن ذلك لتبقى لها، حسبما تقدّم فعلى الزّوجة البيّنة بطول الزّمن لأنّها مدّعية، فإن عجزت عنها حلف الزّوج لأنّه مدّعى عليه، فإن أراد قلب اليمين على الزّوجة فله ذلك، وعلى ذلك نبّه بقوله: وحيثما خلفهما في الزّمن البيتين قال في الوثائق المجموعة: وإن كسا الرّجل امرأته كسوةً ثمّ طلّقها طلاقًا لا تجب لها به نفقةٌ ولا كسوةٌ، فإن أراد أخذ كسوته منها فإن كان مضى لابتياعه لها أشهرٌ وكان ذلك ثلاثة أشهرٍ فما فوقها إلى العشرة فهي للمرأة ولا شيء فيها للرّجل، وإن كان أقلّ من ذلك فهي للرّجل، فإن اختلفا وادّعى الزّوج أنّه ابتاعها منذ شهرين، وادّعت المرأة منذ ثلاثة أشهرٍ وزيادة، فعلى المرأة إقامة البيّنة على مدّة الابتياع لأنّها تريد استحقاق الكسوة، فإن عجزت عن إثبات ذلك كان لها اليمين على الزّوج. قال ابن فتحون: بعد نقله من المدوّنة استحباب مالك إذا مات الزّوج أو المرأة بعد الأشهر أن لا يتبع المرأة بشيء من الكسوة ما نصّه: والّذي وقع في الكتاب المذكور إنّما هو في الكسوة الّتي يفرضها القاضي. وأمّا ما كساها الزّوج على وجه الهديّة فلا شيء له فيها خلقت أو لم تخلق، قرب عهدها أو بعد، وهي موروثةٌ عنها، فإن اختلفا فقال: الزّوج هذه الكسوة ممّا فرض عليّ. وقالت الزّوجة: بل هي ممّا أهديته إليّ. كان القول قول الزّوج بيمينه، إلاّ أن تكون الكسوة ممّا لا يفرض مثلها القاضي فيكون القول قولها أو قول ورثتها. وفي المقرّب قلت: فإن دفع الزّوج لها ثوبًا فقالت: أهديته إليّ. وقال. بل هو ممّا فرض القاضي عليّ. فقال: القول قول الزّوج، إلاّ أن يكون الثّوب من الثّياب الّتي لا يفرضها القاضي لمثلها فيكون القول قولها اهـ. فقوله في الوثائق المجموعة: وإن كسا الرّجل امرأته إلخ هي المسألة الأولى في النّظم، وقوله: فإن اختلفا وادّعى الزّوج وما بعده هي المسألة الرّابعة في النّظم. وقوله: فإن اختلفا فقال الزّوج وما بعده عن المقرّب هذه المسألة الثّانية في النّظم. وسئل الإمام أبو إسحاق الشّاطبيّ - رحمه الله - عن تاجرٍ في الثّياب وغيرها توفّي فادّعى ورثته في بعض الثّياب الّتي هي من شاكلة المرأة واحتوى عليها منزلها أنّها من جملة متخلّفه، وادّعت المرأة أنّ الزّوج ساقها لها وأنّها متاعها لا من المتخلّف، فقول من يكون القول؟ فأجاب إنّ دعوى المرأة في الثّياب أنّ زوجها ساقها لها لا تسمع إلاّ إذا قامت البيّنة على أنّ تلك الثّياب بأعينها من جملة السّياقة وأنّه وهبها لها على الخصوص، فإن لم تقم على ذلك فالقول قول ورثة الميت مع أيمانهم أنّهم لا يعلمون تلك الثّياب من جملة مال

وقوله: (فإن لها عليه الكسوة) أي وكذلك النفقة وغيرها ممّا يجب للحامل، ولكن الكلام هنا إنما هو في الكسوة سابقًا ولاحقًا فافهم، وكلام هذا الشارح هنا حسن لا بأس به تبعًا لابن الناظم.

المرأة ولا متاعهـا إلى آخر نصّ اليمين. لا تدخل هذه النّازلة في مسألة الاخـتلاف في متاع البيت لكن يبـقى النّظر في لباسهـا تلك الثّياب وامتـهانها لهـا هل تستحقّـها بذلك أم لا، والصّحيح في المذهب أنّ الرّجل ليس له أن يرتجع كسوة المرأة عند فـراقها إذا كانت مبتذلةً، فإن لم تبتذل كـان له ارتجاعها، فهذه الثّيـاب مثلها إن كانت الزّوجة قد ابتذلتـها فهي لها، وإلاّ صارت ميـراثًا ا هـ من الشّارح وإنّما كان القول قـول ورثة الزّوج لإقرارها أنّها للزّوج وادّعت أنّها أعطاها إيّاها فلا تـقبل دعواها ولذلك لم تدخل في الاختلاف في مـتاع البيت وإن كان ممّا يصلح بالمرأة لأنّ ذلك حيث لم يعلم لمن هو الشّيء المتنازع فيه وهذا قد علم أنّه للزّوج فلا يخرج عن ملكه إلاّ ببيانٍ.

فصل

ومن يطـلّق طلقـــةً رجـعــيّـــة ثمّ أراد الـعـــود لـلزّوجــيّـــهْ

(ص): ومن يطلق طلقة رجعية. إلى آخر الأبيـات الأربعة. هذه المسائل هي قول المختصر: وصدقت في انقضاء عدة الأقراء والوضع بلا يمين مـا أمكن، وسئل النساء إلخ. فقوله: وصدقت أي المعتدة رجعية كانت أو بائنًا، غير أن الرجعية انقضاء عدتها يتضمن حكمين: رجعة زوجها لها وإباحتهـا للأزواج، بل يتضمن أمورًا أخـر كإرادته تزويج غيرها والرجـعية هي الرابعة أو أخـتها والإنفاق والسكنى. وقوله: زوجاتي طوالق إلى غير ممّا ذكـروه عند قول المتن، والرجعية كالزوجة والإرث وما يشبه ذلك، وغيـر الرجعية يتضمن انقضاء عدتهـا وإباحتها للأزواج وانقطاع السكنى والنفقة إن كانت حاملاً إلى غير ذلك، هذا الذي دلّت عليه النصوص الصريحة. وقوله: وصدقت كانت حرة أو أمة وهو كـذلك، وبيّنا ذلك عند قول المتن ووجب إن وطئت بزنا وظاهره أيضًا ولو كانت نصرانية وهو كذلك وفي حكمها اليهودية كما بيّناه في الشرح، وقوله: عدة الإقراء والوضع احتـرز به من عدة الأشـهر فـإن النساء والرجـال فيـها سـواء. وقوله: بلا يمين هو المصـرّح بأنه المشهـور، وما قاله ابن الناظم تبـعًا لوالده حسن حـيث قال: ولعل الشيخ رحـمه الله يعني والده اعتـمد القول باليمين لفـساد الأزمنة أو وقف على أن العمل بـه اليوم، وعبارة التـهذيب: وليس العمل على أن تحلف إلخ فكتب عليـه أبو الحسن ما نصّه: ليس هذا في الأمـهات عن مالك وإنما أدخله سحنون عن أشهب، وأشهب هو الذي حكى قضـية أبان إلخ، والقضية هي أن امرأة ادعت أنها انقضت عدتها في خمسة وأربعين يومًا فصدقها أبان وقال تحلف. وقوله: ما أمكن مفهومه أن ما لا يمكن فيـه الانقضاء لم تصدق وهو كذلك. وقوله: وسـئل النساء أي في الممكن إذ لا سؤال إلاّ فيما يشكل كما في كلام أبي الحسن ولكن عبـر بالأمر الغامض فالممكن قسمان: ما هو غالب تنقضي فـيه العـدة فتصـدق فيه بلا سـؤال، وما هو نادر فهـو الذي يسأل عنه إلخ فـافهم هذا. والإسقاط إن ادعته فهو ممكن ولو قرب فيـدخل في قوله ما أمكن ولو لم يعلم الجيران بإسقاطها، ولكن انظر في الشرح كلامًا في يمين المرأة هنا وفي مـسائل كثيرة. **تنكيت:** قال ابن العربي: عادة

فــالـقــول للـزّوجــة واليــمين ... على انقــضـــاء عــدّة تبين
ثمّ له ارتجــاعـهــا حــيث الكذب ... مــسـتـوضحٌ من الـزّمـان المقـتـرب
ومـــا ادّعت مـن ذلك المطـلّقـــة ... بالسّــقط فـهي أبـدًا مـصــدّقــة

يعني أنّ من طلّق زوجتـه طلاقًا رجعـيًّا ثمّ أراد رجعـتها فـزعمت أنّ عدّتهـا انقضت فالقول قولها مع يمينها إذا كان يمكن ذلك، فإن قرب ما بين الطّلاق والرّجعة جدًّا بحيث لا يمكن انقضاء عدّة الأقراء فيه وتبيّن كذبها فله مراجعتها، فإن ادّعت أنّ انقضاءها كان بسبب سقطٍ أسقطته فالقول قولها ولو بقربٍ من الطّلاق، وعلى تصديقها ولو بالقرب. نبّه بقوله:

الناس عندنا أن تحيض المرأة مـرة في الشهر وقـد قلت الأديان فلا تصدق في أقل من ثلاثة أشـهر إلخ. ونقله صاحب الـتوضيح وغيـره. ولما نقله أبو الحسن قـال بعده ما نصّـه الشيخ أبو محـمد صالح فـجعل نساء مدينة فـاس كلهن مسنات الشيخ وتسـأل بعد ثلاثة أشهـر هل حاضت ثلاث حيـض أم لا؟ انظر على قول ابن العـربي هل للزوج الرجعـة؟ فقـد عورض بهـذا بعض الموثقين ولكن لا تكون الرجعة إلخ وهذا منه بلفظـه، وكلام أبي محمد صالح غيـر ظاهر، فإن كلام ابن العربي دال على اعتبـار الأقراء الذي هو في القرآن وكذا تخصيصه نسـاء فاس. وقال ابن فرحون في ترجمة ما ينبغي للشهود أن يتفطنوا[٨٧] له ما نصّه: ومن ذلك ما أهملوه من سؤال المعتدة إذا أرادت النكاح ومباحـثتها عن انقضاء العـدة بما تفهم به أحكامها من تفصيل وتعـيين الأقراء ونحو ذلك من شرط الحيضة في عـدة الوفاة فينبغي الاجتهاد في ذلك، ولا يكتفى بـقولها: قد انقضت عدتي على الإجمال فإن النساء اليوم قد جهلن ذلك جـهلاً كثيرًا، بل جهله كثير ممن يظن به علم ويرى لنفسـه حظًّا وتقدمًا. قـال: وقد عاينت بعض الجـهلة من الموثقين يستـغني عن سؤال المرأة جملة إذا هو وجـد لتاريخ الطلاق شهرين فـصاعدًا، واتخـذ اليوم هذا المقدار من المدة كثـير من الرجال والنساء أصـلاً في إكمال عدة الطلاق، وما أدري كيف كـان أصل هذا الغلط القبيح اهـ. بلفظه. وما أحـسن هذه النصيـحة إذ تركهـا لخزي وفـضيحـة. وقوله: وينبغي ربما يـحمل على الوجوب. وقوله: من شرط الحيـضة إلخ أشار به لمضمون قول المختصـر في فصل العدد ما نصّه: إن تمّت قبل زمن حيضها وقال النساء لا ريبـة بها إلخ. وقوله: فصاعدًا إلخ سبب الغلط في ثلاثة أشهر لعله هو العمل على الغالب من حيضة المرأة في كل شهر مرة كما رأيته في كلام ابن العربي وذات الأقراء اعـتدادها بها إجمـاعًا كمـا في نهاية الحفيـد وغيرها إذ هو كـذلك في القرآن، وإن اختلف في المراد بالأقراء هل هو الأطهار أو الحيض؟ وحـاصل الأمر أن المرأة إذا لم يمض لطلاقها ثلاثة أشهر فإنهـا لا تزوج على ما قاله ابن العربي أنها لا تصدق في أنهـا حاضت ثلاثًا قبل ثلاثة أشهـر، وكذلك المعـتدة من وفاة لا تـزوج قبل تمام أربعة أشـهر وعـشر، وبعدها ينـظر في قول المختصـر: إن تمّت قبل زمنها إلخ من قبل سؤالهـا، وكلام النساء العارفات وكلام اللامـية للزقاق

---

(٨٧) يتفطنوا: يدركوا بحذق ومهارة.

أبدًا والإشارة بذلك لانقضاء العدّة. وقوله: «تبين» بضمّ التّاء مضارع أبان، وهو خبرٌ عن اليمين، أي أنّ يمينها على انقضاء العدّة تبين عصمتها وتخرجها من العدّة، قال في الوثائق المجموعة: فإن أراد ارتجاعها وقالت: قد انقضت عدّتي كان القول قولها إذا كان قد مضى من العدّة ما يشبه أن تحيض فيه ثلاث حيضٍ ولم يكن له ارتجاعها. وفي طرر ابن عاتٍ قال ابن الهنديّ: وفي مقالات ابن مغيث مع يمينها. وفي الوثائق المجموعة أيضًا: وإن استبان كذبها لقصر المدّة راجعها على ما أحبّت أو كرهت. وقال المتيطيّ: وإن قالت: قد انقضت عدّتي بسقطٍ قبل قولها وإن كان ذلك بعد الطّلاق بيوم، ولا يمين عليها، ولا يلتفت إلى تكذيب الجيران لها ا هـ. وما حكاه المؤلّف من حلف المرأة هو الّذي حكاه ابن مغيثٍ عن ابن الهنديّ كما تقدّم، ونقل المتيطيّ أنّها تصدّق بلا يمينٍ وقال: إنّ العمل عليه. وعليه اقتصر صاحب المختصر حيث قال: وصدّقت في انقضاء عدّة الأقراء والوضع بلا يمينٍ ما أمكن، ولعلّ الشّيخ اعتمد القول بيمينها لفساد الزّمان وقلّة الأمان.

ولا يطلّق العبيد السّيّد إلاّ الصّغير مع شيءٍ يرفد
وكيفما شاء الكبير طلّقا ومنتهاه طلقتان مطلقا
لكنّ في الرّجعيّ الأمر بيده دون رضا وليّها وسيّده

يعني أنّ الطّلاق بيد العبد لا بيد سيّده، فليس للسّيّد أن يطلّق زوجة عبده إلاّ إذا كان

وبعض كلام شارحها الشيخ ميارة يقتضي أن العمل جرى بفاس على أن اعتدادها بثلاثة أشهر كاليائسة، وليس الأمر كذلك بل ذلك غلط فاحش، وكأن هذا جاءهما من كلام أبي محمد صالح، وابن العربي لم يقل ذلك، وبعض كلام الشيخ ميارة صريح في الحق أو كالصريح وذلك هو الصواب، وقد كان من أدركنا من عدول فاس أدامها الله لأهلها وأمنهم بها ممّن له علم منهم وديانة ينبّه على هذا كثيرًا، وأكثرهم تنبيهًا على ذلك الرجل الصالح سيدي العربي الفشتالي جزاهم الله عنا خيرًا، وابن العربي إنما منع التصديق في ثلاث حيض قبل تمام ثلاثة أشهر، وأما إن قالت المرأة لم أحض أصلاً أو حضت واحدة أو اثنتين فقط فإنها لا تزوج ولو مرّ لها أكثر من ثلاثة أشهر وهو قول المختصر ولو مات زوجها بعد كسنة إلخ تلك المسائل وما شرحوها في فصل الرجعة، وقال اليرتاسني عند قول التحفة: ومن يطلق طلقة رجعية. إلخ ما نصّه: فينبغي في هذا الزمان الذي لم يبق فيه من الإسلام إلاّ اسمه أن يعمل بقول ابن العربي على ما نقل القلشاني عن ابن عرفة عنه قال: قلت الأديان في الذكران فكيف بالنسوان؟ فلا تمكن المطلقة من التزوج إلاّ بعد ثلاثة أشهر إلخ. وانظر كلام ابن العربي مع دخول الكتابية في مضمون قول المتن وصدقت في انقضاء عدة الأقراء والوضع إلخ. لكن كلام ابن العربي تشهد له أمور انظرها في الشرح، وبهذا يضعف اعتراض من اعترض على ابن العربي.

(ص): ولا يطلق العبيد السيد إلى آخر الأبيات السبعة.

العبد صغيرًا عقد عليه سيّده فله أن يطلّق عليه لكن بشرط أن يأخذ له شيئًا يرفد به أي يعان به، وعلى هذا نبّه بالبيت الأوّل، فقوله: «العبيد منصوبٌ على إسقاط الخافض أي على العبيد». والسيّد فاعل «يطلّق والصّغير نعتٌ لمحذوف دلّ عليه قوله: العبيد أي إلاّ العبد الصّغير فلسيّده أن يطلّق عليه بالخلع. وقوله وكيفما شاء الكبير طلّقا البيت يعني أنّ العبد الكبير يطلّق كيفما شاء بخلعٍ أو بغيره، واحدةً أو أكثر، إلاّ أنّ منتهى طلاقه طلقتان سواءٌ أوقعهما معًا في حالة رقّه أو طلّق واحدةً في رقّه ثمّ عتق فلا تبقى له إلاّ واحدةٌ. وأمّا إن لم يطلّق حتّى عتق فهو كالحرّ بالأصالة يطلّق ثلاثًا سواءٌ كانت زوجته حرّةً أو أمةً ليس له إلاّ طلقتان لأنّ الطّلاق معتبرٌ بالرّجال والعدّة معتبرةٌ بالنّساء، وسواءٌ كان رقيقًا كلّه أو بعضه، وعلى هذه الوجوه الثّلاثة نبّه بالإطلاق. وأشار بقوله: لكنّ في الرّجعيّ البيت إلى أنّ العبد إذا طلّق طلاقًا رجعيًا فإنّ أمر الرّجعة بيده إن شاء راجع أو ترك، فإن راجع فلا يحتاج لإذن سيّده ولا لإذن وليّها إلا أنّ العصمة الّتي أذن له سيّده فيها ما زالت بيده وليست رجعتها ابتداء نكاحٍ حتّى يحتاج إلى إذن سيّده ووليّها. قال في المنتخب: وظاهره لابن القاسم قلت له: أيجوز للسّيّد أن يطلّق على عبد امرأته؟ قال لا؛ لأنّ الطّلاق بيد العبد. قلت: فإن كان العبد صغيرًا لم يبلغ فزوّجه سيّده ثمّ أراد أن يطلّق عليه؟ فقال: ليس ذلك له إلاّ بشيءٍ يأخذه له فيكون خلعًا. وفي النّوادر: وليس للسّيّد أن يبارئ عن عبده وقد نكح بإذنه حتّى يرضى العبد. قال عبد الملك ويزوّج عبده الصّغير ولا يطلّق عليه إلاّ بشيءٍ يأخذه له كاليتيم الصّغير. (قال ابن الحارث: واتّفقوا) في العبد أنّ طلاقه طلقتان. وقال في الكافي: وطلاق العبد على النّصف من طلاق الحرّ وذلك طلقتان لأنّ الطّلاق لا يتبعّض فإذا طلّق زوجته طلقةً في حين رقّه ثمّ عتق بقيت له فيها طلقةٌ واحدةٌ. وقال ابن أبي زيد في مختصره: وجميع طلاق العبد طلقتان لأنّ الله عزّ وجلّ قد جعل حدّ الأرقّاء نصف حدّ الأحرار، والطّلاق والعدّة من معاني الحدود. وفي النّوادر من كتاب ابن المواز: وكذلك يرتجع العبد بغير إذن سيّده ولا إذن سيّد زوجته ا هـ.

والحكم في العبيد كالأحرار في غاية الزّوجات في المختار

يعني أنّ العبيد كالأحرار في غاية الزّوجات، كما أنّ غايتها للحرّ أربع نسوة، وهذا متّفقٌ عليه فيه، كذلك غايتها للعبد أربع زوجاتٍ أيضًا على المشهور المختار، ومقابله لا يتزوّج العبد إلاّ اثنتين. قال في المقرّب قلت له: العبد كم يتزوّج؟ فقال مالكٌ: أحسن ما سمعت فيه أنّ له أن يتزوّج أربعًا. قلت له: إن شاء إماءً وإن شاء حرائر؟ قال نعم ذلك له. وفي النّوادر من كتاب ابن المواز: قال مالكٌ: وللعبد أن ينكح أربع نسوة. وهذا أحسن ما سمعت، وقال ربيعة قاله عنه أشهب وإن كان له حرّتان ومملوكتان فذلك جائزٌ إن أذن له

قوله: **(قال ابن حارث واتفقوا إلخ)** أي الطلاق الذي لا يرد زوجته معه إلاّ بعد زوج.

أهله. وروى عنه أشهب: في نكاح أربع نسوة: إنّا لنقول ذلك وما ندري ما هو. ثمّ قال الشّارح: وروى ابن وهب اقتصاره على اثنين. وقال ابن الحاجب: والزّائد على أربعٍ ممتنعٌ للحرّ والعبد. وقال ابن وهب: الثّالثة للعبد كالخامسة للحرّ. التّوضيح: لا خلاف بين أهل السّنّة في تحريم ما زاد على أربعٍ (لحديث غيلان الثّقفيّ) ونحوه خلافًا لبعض المبتدعة، ووجه المشهور في إباحة الأربع للعبد عموم قوله تعالى ﴿**فانكحوا ما طاب لكم من النّساء مثنى وثلاث ورباع**﴾ [النساء:٣] وقاس ابن وهب ذلك على طلاقه، ويحتمل أن يكون منشأ الخلاف اختلاف الأصوليّين في دخول العبيد تحت الخطاب وعدم دخولهم ا هـ. (ومن الذّخيرة) تمهيدٌ: للعبد مع الحرّ أربع حالات التّشطير كالحدود، والمساواة كالعبادات، ومختلفٌ فيه كعدد الزّوجات، وأجل الإيلاء، والعنّة، والمفقود، وحدّ القذف، فعلى النّصف، في جميع ذلك عند مالكٍ وقيل بالمساواة، وسقط عنه واجبٌ على الحرّ كالزّكاة والحجّ ا هـ ولعلّه يعني بالعنّة الاعتراض.

ويتبع الأولاد في استرقاق ... للأمّ لا للأب في الإطلاق
وكسوةٌ لحرّةٍ والنّفقة ... عليه والخلف بغير المعتقهْ
وليس لازمًا له أن ينفقا ... على بنيه أعبدًا أو عتقا

يعني أنّ الأولاد يتبعون أمّهم في الرّقّ والحرّيّة، فإذا كانت أمّهم حرّةً فهم أحرارٌ، وإن كانت أمّهم مملوكةً فهم أرقّاءٌ سواءٌ كانوا من نكاحٍ أو من ملك اليمين (إذا كان أبوهم قنًّا)، وعلى ذلك نبّه بالإطلاق والله أعلم. هذا إن كان الإطلاق راجعًا لقوله: للأمّ ويحتمل وهو

قوله: **(لحديث غيلان إلخ)** حديث غيلان فيه ضعف، ونقلناه عند قول المختصر واختار المسلم أربعًا. قوله: **(ومن الذخيرة إلخ)** لفقنا هذا على ما هو الراجح من غير اعتبار خلاف ولا ذكره بما نصّه:

العبد كالحر بلا تفند ... في كل ما يرجع للتعبد
وعدد في زوجة بلا افتيات ... وساقط عنه كحج وزكاة
ونصف حر له في الحدود ... ونحوها كالأجل المحدود
في عنة والفقد والإيلاء ... في راجح خذه بلا امتراء
وكل ذا لحكمة يعلمها ... إلهنا سبحانه بلا انتها

(ص): ويتبع الأولاد في استرقاق إلى آخر الأبيات الثلاثة.

قوله: **(إذا كان أبوهم قنًّا)** احترز به من ولد العبد من أمته التي تسرى بها فإنه قن، وكذا

أقرب أن يرجع لقوله: لا للأب أي لا يتبعون أباهم حرًّا كان أو عبدًا، وعلى الاحتمال الأوّل يستثنى من ذلك الإطلاق إذا كانوا من ملك اليمين وأبوهم حرٌّ فهم أحرارٌ ولا يتبعون أمّهم في الرّقّ فهي وإن داخلتها شائبة الحرّيّة بالحمل من سيّدها الحرّ لكنّ القاعدة أنّ كلّ من فيه شائبة رقٍّ فله حكم الرّقيق الخالص. فإذا تزوّج الرّجل امرأةً فأولاده معها تابعون لها في الرّقّ والحرّيّة سواءٌ كان هو حرًّا أو عبدًا، وإن كانوا من ملك اليمين وأبوهم عبدٌ فهم أرقّاءُ، كما إذا اشترى أمةً وأولادها فأولادها أرقّاءُ لسيّده، وإن اشترى الحرّ أمةً وأولادها معها أحرارٌ غير تابعين لأمّهم. فتلخّص من هذا أنّ الأولاد إن كانت أمّهم مملوكةً لأبيهم فهم تابعون لأبيهم. وإن كانت أمّهم زوجةً لأبيهم فهم تابعون لأمّهم، وعلى هذا الطّرف الأخير تكلّم النّاظم - رحمه الله تعالى - قال ابن حارث في أصول الفتيا: قال محمّدٌ أصل مذهب مالك في الصّبيّ أنّ حكمه في الرّقّ والحرّيّة حكم أبيه إن كان الفراش فراش ملك اليمين، وإن كان فراش نكاحٍ فحكمه حكم أمّه في رقّها وحرّيّتها. وقوله: وكسوة الحرّة البيت يعني أنّ العبد إذا تزوّج حرّةً فإنّ عليه نفقتها وكسوتها كالحرّ، (واختلف إن تزوّج العبد أمةً) فقيل ذلك عليه وهو المشهور، وقيل: ذلك على سيّدها، وعلى هذا الخلاف نبّه بقوله: والخلف بغير المعتقة والباء ظرفيّةٌ قال في المتيطيّة: قال في المدوّنة في العبد له زوجةٌ حرّةٌ: عليه النّفقة. قال مالكٌ ويقال له أنفق أو طلّق. قال ابن الموّاز: ولا خلاف في ذلك أنّ على العبد أن ينفق على زوجته الحرّة. وفيها أيضًا: قال الشّيخ أبو الحسن: ويختلف إذا كانا عبدين. فعلى القول أنّه لا نفقة على العبد للحرّة لا يكون لها إن كانت أمةً، وعلى القول أنّ عليه ذلك للحرّة يختلف إن كانت أمةً، والمدبّرة والمعتقة إلى أجلٍ كالأمة. قال الشّارح - رحمه الله -: يظهر من كلام اللّخميّ أنّ في وجوب النّفقة للحرّة الخلاف. وهو خلاف ما سبق لابن الموّاز من أنّه لا خلاف في ذلك. فتأمّله وقوله: وليس لازمًا له أن ينفقا البيت (يعني أنّ العبد لا يلزمه أن ينفق على أولاده) عبيدًا كانوا أو أحرارًا، وعلى ذلك نبّه بقوله: وليس لازمًا له إلخ عتقا بضمّ العين وفتح التّاء جمع عتيقٍ، ووجهه ظاهرٌ، وذلك أنّهم إن كانوا أحرارًا لكون أمّهم حرّةً فتكون نفقتهم من مالهم إن كان لهم مالٌ وإلّا فعلى المسلمين، وإن كانوا مماليك لسيّد أمّهم فنفقتهم على سيّدهم، ولا يجوز للعبد إتلاف مال سيّده، وعلى هذا فصواب التّعبير لا يجوز له لأنّه ليس لازمًا له والله أعلم. وإن كان أولاد العبد من أمته جاز له الإنفاق عليهم لأنّ المال لسيّده وأولاده مملوكون

يكون ولده قنًا إذا تزوج بأمة كتزوج الحر بها، وإنما يكون الولد حرًا إذا كانت أمه حرة أو كان واطيء الأمة مالكها الحر، وكذا المغرور بالحرية فولده حر، وهو قول المتن، وولد المغرور الحر فقط حر. قوله: **(واختلف إن تزوج العبد أمة)** والحاصل النفقة على الزوج مطلقًا حرًا كان أو عبدًا، كانت الزوجة حرة أو أمة أو فيها شائبة من شوائب الرقية. قوله: **(يعني أن العبد لا يلزمه أن ينفق على أولاده إلخ)** هذا هو قول المختصر في النفقة: ولا نفقة لحمل ملاعنة ولا أمة ولا على عبد

له أيضًا فلم يتبرّع بمال سيّده بل أنفقه فيما يجب على سيّده. قال في النّوادر: قال مالكٌ: وليس على العبد في أولاده الأحرار ولا المماليك نفقةٌ (ولا إرضاعٌ) إلاّ أن يكونوا لسيّده ا هـ.

فصل في الرجعة

وكابتداء ما سوى الرّجعيّ ... في الإذن والصّداق والوليّ

ولا رجوع لمريضةٍ ولا ... بالحمل ستّة الشّهور وصلا

يعني أنّ الرّجعة من الطّلاق البائن كابتداء النّكاح في اشتراط الإذن من الزّوجة - إن لم تكن مجبرةً - والصّداق والوليّ والإشهاد عند الدّخول، وإذا اشترط ذلك فلا رجوع للمريضة مرضًا مخوفًا ولا لحاملٍ بلغت ستّة أشهرٍ لأنّها مريضةٌ، فلو أدخل الفاء على رجوعٍ ليعلم كونه نتيجةً عمّا قبله لكان أبين. قال ابن عبد الرّفيع في معين الحكّام: وإذا راجع الزّوج زوجته المخالعة أو المبارئة فلا بدّ من رضاها ووليٍّ وصداقٍ، إلاّ أن تكون مريضةً أو حاملاً مثقلاً قد بلغت ستّة أشهرٍ فلا يجوز ذلك ا هـ. ومفهوم قوله: ما سوى الرّجعيّ أنّ الرّجعة من الرّجعيّ ليست كابتداء النّكاح فلا يشترط إلاّ كون الزّوج عاقلاً، بالغًا، ويرتجع ولو كان محرمًا، أو عبدًا، بغير إذن سيّده، لأنّ الزّوجة ما زالت في عصمته. ابن الحاجب: وشرط المرتجع أي: من الطّلاق الرّجعيّ أهليّة النّكاح، ولا يمنع

إلاّ الرجعية. قوله: **(ولا إرضاع إلخ)** هو داخل في النفقة.

فصل في الرجعة

(ص): وكابتداء ما سوى الرجعي إلى آخر البيتين. قال في المختصر: يرتجع من ينكح وإن بكإحرام وعدم إذن سيد طالقًا غير بائن في عدة صحيح حلّ وطؤه إلخ. فقوله بكإحرام أدخلت الكاف المرض والجنون فإن ذلك مانع من الارتجاع كما إذا طلق وهو عاقل ثم جنّ، وشروط المرتجع خلط الناس فيها كثيرًا، ولكن الحق فيها أن المرتجع يشترط فيه أن يكون عاقلاً، فلا رجعة لمن لا يعقل لجنون أو سكر أو صغر فقط، وأما الصبي المميز والسفيه فتصحّ منهما لصحة نكاحهما، والإكراه يمنع النكاح، فكذلك الرجعة والعبد والمحرم والمريض ارتجاعهم جائز، وأما نكاح فالمحرم نكاحه حرام وهو قول المختصر، وإحرام من أحد الثلاثة، وقال أيضًا: وهل يمنع مرض أحدهما إلخ. والعبد والسفيه والصبي نكاحهم جائز بدليل صحة النكاح منهم والأصل في الصحيح الجواز، ولكن انظر الجواز في نكاح العبد عند قول المختصر: وللسيد إلخ والصبي المميز إنما ذكرناه باعتبار أنه متأهل للنكاح وإلاّ فإنه لا يرتجع من جهة أخرى في كون وليّه لا يطلق عنه إلاّ بعوض، وطلاقه في نفسه لا يصحّ وهو خارج من قول المصنف طالقًا غير بائن، وكذا صغير العبد لأنه لا يطلق عليه سيده إلاّ بعوض، مع أن الصبي يخرج أيضًا من قول المختصر في عدة صحيح وزوجة

مرضٌ، ولا إحرامٌ، ويرتجع العبد بغير إذن سيّده. التّوضيح: يعني أنّ المرتجع يشترط فيه أن يكون أهلاً للنّكاح، فلا بدّ أن يكــون عاقلاً، بالغًا. وقــوله ولا يمنع مرضٌ أي: لا يمنع من الرّجعــة ما يمنع من ابتداء النّكاح، وحــاصله أنّ المتزوّج والمرتجع يستــويان في الشّروط دون انتفاء الموانع، ولم يمنع المرض؛ لأنّ المطلّقة طلاقًا رجعيًا ترث، فلم يكن في ارتجاعها إدخال وارث، بخلاف ابتداء النّكاح. وقــوله: ولا إحرام، يريد سواءً كانت هي مــحرمةً أو هو ا هـ. وقولهُ ويرتجع العبــد بغير إذن سيّده؛ لأنّه لمّا أذن له في النّكاح فــقد أذن له في توابعه ولأنّ الرّجيعة زوجته ا هـ.

وزوجــة الــعبــد إذا مــا عــتــقت واخــتــارت الفــراق منه طــلقت

بما تشــاؤه ومــهــمــا عِــتــقــا فــمـــا له من ارتجـــاعٍ مطلــقـــا

يعني: إذا كان العبد متزوّجًا بأمة ثمّ أعتق الأمة سيّدها عتقًا ناجزًا؛ فإنّ لها الخيار في الإقامــة مع زوجها أو مــفارقته. ويحــال بينه وبينها حــتّى تختار، فإن اخــتارت البقــاء فلا إشكال، وإن اختارت الطّلاق وقالت: اخترت نفــسي فهي واحدةٌ بائنةٌ، إلاّ أن تنوي أكثر، فيلزم ما نوت، وعلى ذلك نبّه بقــوله: ممّا تشاؤه فإن اختارت نفسهــا وطلقت ثمّ عتق العبد فلا رجعة له عليــها، سواءً عتق في العدّة أو بعدها، وعلى ذلك نبّــه بقوله: مطلقا قال في

الصبي لا عدة لها وإن خلا بهــا وهو قول المختصر، ولولي صغير فسخ عــقده بلا مهر ولا عدة. وقوله: طالقًــا غير بائن ظاهره أنه لا رجعــة في البينونة كانت بخلع أم لا، كانت طلــقة حاكم أو بالبتــة أو بالتمليك، أو بكون الــطلاق قبل البناء أو بســبب عيب، وإن خالف في ذلك الــتونسي واللخمي، ولا يخفــاك ما في بعض الشروح ممّا يخالف هذا، أو طلقت ثلاثًا في دفــعة أو كملت في مرار، أو باثنتين من العبد أو بردة، والمطلق عليه بالإنفــاق وبعدم الفيئة في الإيلاء، لكن هذان يرتجعان بشرط إن وجد وإلاّ فلا كما في المختــصر نفسه. ففي الإيلاء هو قوله: وتتم رجعته إلخ. وفي الإنفاق هو قــوله في فصل النفقة وله الرجــعة إن وجد في العدة إلخ. وقــوله في عدة لا إن خرجت منها فلا رجعة، ويشمل ما إذا وضعت واحدًا وبقي آخر فإنه يرتجع وهو قول المختصر في العدة، وعــدة الحامل في طــلاق أو وفاة وضع حمــلها كله، وقــوله صحيــح أي ما لا يقرّ عــليه بالدخول كنكاح في السرّ، وإلاّ فإن دخل وأقرّ عليه لأجل الدخــول كالفاسد لصداقه، وقوله حلّ وطؤه ظاهره مهما كــان الوطء غير حلال فلا رجعة فيــه كوطء الحائض، قال ابن يونس: لأن الله تعالى نهى عن وطء الحائض فلا يكون ما نهــى الله تعالى عنه حلالاً، هذا تحقيق المحل ودع عنك غيره وما شككت فيه فانظر دليله في الشرح، وإنما أتينا بــهذا لأن صاحب التحفة ومن شرحها لم يأتوا بما يجدي فــرأينا كتب هذه الفــائدة، فادع الله تعالى لمن قــرب بعد حــصول التعب بالمغــفرة والمسامحة لنا ولكم إنه مليك جواد رءوف بالعباد.

(ص): وزوجة العبد إذا ما عتقت. إلى آخر البيتين.

التّهذيب: وإذا عتقت الأمة تحت عبد؛ حيل بينهما حتّى تختار، ولها الخيار بطلقة، وتكون بائنةً، ولا رجعة له إن عتق في العدّة، إن قالت حين عتقت: اخترت نفسي. ولا نيّة لها فهي طلقةٌ بائنةٌ، إلاّ أن تنوي أكثر فيلزم ما نوت، ولو طلّقت نفسها أكثر من واحدة أو ألبتّة بعد البناء لزم، ولا تحلّ له إن طلقت اثنتين فأكثر، إلاّ بعد زوجٍ، لأنّه جميع طلاق العبد. وكذلك إن بانت بواحدة، وقد تقدّم له فيها طلقةٌ، وأوّل قول مالك: أنّه ليس لها أن تختار بنفسها بأكثر من واحدةٍ. (ثمّ رجع) إلى أنّ ذلك لها على حديث بريرة، ولها الخيار عند غير السّلطان ا هـ. فرعٌ: فلو عتق زوجها قبل أن تختار؛ سقط خيارها. وكذلك إن طلّقها طلاقًا بائنًا قبل أن تختار سقط خيارها لاستحالة وقوع الطّلاق منها وهي بائنةٌ بخلاف الرّجعيّة، فإنّها زوجةٌ. وفي المسألة فروعٌ انظر التّوضيح قال رحمه اللّه.

فصل في الفسخ

وفسخ فاسدٍ بلا وفاق بطلقةٍ تعدّ في الطّلاق

ومن يمت قبل وقوع الفسخ في ذا فما لإرثه من نسخ

وفسخ ما الفاسد فيه مجمع عليه من غير طلاقٍ يقع

وتلزم العدّة باتّفاق لمبتنًى بها على الإطلاق .

اشتملت الأبيات الأربعة على أربع مسائل. الأولى: أنّ النّكاح الفاسد المختلف فيه بين العلماء (في صحّته وفساده) إذا أريد فسخه فإنّما يفسخ بطلاقٍ، مراعاةً لمن يقول بصحّته،

قوله: **(ثم رجع إلخ)** المرجوع إليه هو المذهب، وإنما يجوز لها أن تختار في واحدة أو اثنتين ابتداء ويلزم ما اختارته لأن النص جاء في هذه الأمة ولم يأت في المطلقة نفسها لعيب ونحوه، فإن بريرة ثبت أنها قضت بالبتات ولم ينكر عليها[٨٨] ﷺ، وكذا لا تحتاج إلى الرفع للحاكم للنص فيها، ومن قال لا يجوز أن تقضي بالبتات أولاً لكن يلزم بعد الوقوع والنزول فذلك غير الراجح كما بيّنا ذلك في الشرح فانظره ففيه فوائد جمة.

فصل في الفسخ

(ص): وفسخ فاسد بلا وفاق. إلى آخر الأبيات الأربعة.

قوله: **(في صحته وفساده)** حسن ليدخل الشغار المتفق على أنه لا يجوز ولكن اختلف في

---

(٨٨) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٥٢٨٠، ٥٢٨١، ٥٢٨٢، ٥٢٨٣)، وأبو داود (٢٢٣١)، والنسائي (٥٤٣٢)، وابن ماجه (٢٠٧٥)، وأحمد في المسند (١/ ٢١٥)، والدارمي في سننه (٢٢٩٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٢٢٢).

وعلى ذلك نبّه بالبيت الأوّل. (الثّانية: إذا مات أحد الزّوجين في هذا النّكاح المختلف في صحّته وفساده قبل وقوع الفسخ؛ فإنّهما يتوارثان كالصّحيح، ما لم يكن الفسخ لحقّ الورثة في الإرث؛ فلا إرث كنكاح المريض. وعلى ذلك نبّه بالبيت الثّاني. والثّالثة: إذا كان فساد النّكاح متّفقًا عليه فإنّه يفسخ بغير طلاق، وهو مفهوم الأولى، وعلى ذلك نبّه بالبيت الثّالث. الرّابعة: إذا فسخ النّكاح بعد البناء فتجب فيه العدّة باتّفاق في المتّفق على فساده والمختلف فيه لقوله على الإطلاق، أمّا الأولى والثّانية وهما فسخ المختلف فيه بطلاق وثبوت الإرث فيه فقال ابن الحارث في أصول الفتيا: كلّ نكاح كان فيه اختلافٌ ودخلت في تحريمه الشّبهة فالولد فيه يلحق وفسخه بطلاق، ومن مات من الزّوجين قبل الفسخ ورثه الباقي اهـ. وحكى ابن الحاجب في تمييز ما يفسخ بطلاق ممّا يفسخ بغير طلاق قولين أحدهما: قال أكثر الرّواة: إنّ كلّ نكاح كان للزّوج أو للزّوجة أو للوليّ إمضاؤه وفسخه ففسخه بطلقة بائنة. وما كانوا مغلوبين على فسخه ففسخه بغير طلاق. فالأوّل كنكاح الأجنبيّ يردّه الوليّ، فالخيار فيه للوليّ وإذا كان بالزّوجة عيبٌ فالخيار للزّوج، أو به عيبٌ فالخيار للزّوجة، ثمّ مثّل للثّاني وهو ما كانوا مغلوبين على فسخه بولاية المرأة والعبد ونكاح الشّغار والمريض والمحرم بحجٍّ أو عمرةٍ، وكالصّداق الفاسد قبل البناء، وكالمجمع على فسخه. القول الثّاني: قال: (روي عن مالك ورجع إليه ابن القاسم) أنّ ما اختلف في إجازته وفسخه ففسخه بطلاق كولاية المرأة والعبد ونكاح الشّغار ونكاح المريض والمحرم وكالصّداق الفاسد قبل البناء، وما اتّفق على فسخه ففسخه بغير طلاق كالخامسة وأخت المرأة أو عمّتها أو خالتها. قال: وما فسخ بطلاق (يقع به التّحريم) أي: تحريم المصاهرة من كونها تحرّم على آبائه، وأبنائه، وتحرّم عليه أمّهاتها وبناتها، ويقع فيه الطّلاق إذا أوقعه الزّوج قبل الفراق، وتقع به الموارثة إذا مات أحدهما قبل الفسخ، إلاّ أن يكون الفسخ لحقّ الورثة، كنكاح المريض، فلا إرث فيه لأنّا لأجل الإرث فسخناه. وأمّا ما يفسخ بغير طلاق فلا يقع فيه طلاقٌ إذا أوقعه الزّوج قبل الفراق، ولا تقع فيه موارثةٌ. اهـ بالمعنى، وزيادة بعض الكلمات للبيان، وقد اشتمل كلام ابن الحاجب هذا على المسائل الثّلاثة الأول فالأولى: هي قوله في القول الثّاني: إنّ ما اختلف في إجازة فسخه ففسخه بطلاق، والثّانية: هي قوله فيه أيضًا: ما فسخ بطلاق تقع به الموارثة، والثّالثة: هي قوله فيه أيضًا: وما لم يختلف في فسخه ففسخه بغير طلاق. وهو تصريحٌ بمفهوم الأولى، وإنّما جلبنا كلام ابن الحاجب بجملته لما اشتمل عليه من الفوائد والمثل. قال في التّوضيح: ما حاصله

صحته وفساده. قوله: **(روي عن مالك ورجع إليه إلخ)** على هذه الطريقة مرّ في المختصر حيث قال: وهو طلاق إن اختلف فيه إلخ، وهو الذي يظهر رجحانه، ولكن ليس هذا المحل محلاً لبسط الكلام في ذلك، فانظر بسطه إن شئت في الشرح، وإن قنعت بهذا فأنت وذاك ولكن لا قناعة في العلم. قوله: **(يقع به التحريم)** من المعلوم أن العقد على البنات يحرم الأمهات

وقد تبيّن لك من كلام المصنّف أنّ كلّ ما يفسخ بطلاق على القول الأوّل وهو ما لأحد الثّلاثة فسخه وإجازته فإنّه يفسخ بذلك. أي: بطلاق، وعلى القول الثّاني إنّ ما اختلف فيه يفسخ بطلاق؛ لأنّ ما لأحد الثّلاثة فسخه من المختلف فيه، وليس كلّ ما يفسخ بطلاق على القول الثّاني وهو المختلف فيه يفسخ به على الأوّل، فيكون لأحد الثّلاثة فسخه، (فإنّ نكاح الشّغار) ونكاح المحرم مثلاً يفسخ بطلاق، لكونه مختلفًا فيه، وليس للثّلاثة فيه خيارٌ، فكلّ ما لأحد الثّلاثة فسخه مختلفٌ فيه، وليس كلّ مختلف فيه لأحد الثّلاثة فسخه، - واللّه أعلم - وأمّا المسألة الرّابعة وهي النّكاح الفاسد إذا فسخ بعد البناء فقال: تجب فيه العدّة (لا الاستبراء) متّفقًا على فساده، أو مختلفًا فيه. وعلى ذلك نبّه بقوله ويلزم العدّة باتّفاق لمبتنًى بها على الإطلاق قال في المقرّب: قلت: له: أرأيت إن كان النّكاح فاسدًا ودخل بها زوجها، ثمّ فرّق بينهما وتصادقا على ترك المسيس، أعليها عدّةٌ؟ قال: نعم، كالعدّة من النّكاح الصّحيح، ولا تصدق على العدّة، ألاّ ترى أنّها لو جاءت بولد لثبت نسبه، إلاّ أن ينفيه بلعان، ولا صداق لها؛ لأنّها لم تدّعه انتهى. فقوله لا تصدّق على العدّة أي: لا تصدق في عدم المسيس فتسقط عنها العدّة، بل العدّة لازمةٌ لأنّ الحقّ للّه تعالى، وإنّما تؤاخذ به في أنّها لا صداق لها لإقرارها أنّها لم تمسّ، فلا تستحقّ صداقًا، وإطلاق الشّيخ رحمه الله القول بلزوم العدّة للمبتنى بها يظهر أنّه موافقٌ في ذلك لما تقدّم عن المقرّب، ويظهر من قوله على الإطلاق أنّه سواءٌ كان النّكاح فاسدًا أو مختلفًا فيه أو مجمعًا عليه. فأمّا المختلف فيه فلا إشكال في ذلك، ونصّ المقرّب المتقدّم يشهد له. وأمّا المجمع عليه فيظهر من كلام كثيرٍ من الفقهاء عدم لزوم العدّة فيه، وإنّما يجب فيه الاستبراء، ويظهر من المقرّب أنّه تجب فيه العدّة، لقوله: وإن علم بذلك أي: بفساد النّكاح كأخته من الرّضاع، قبل موت زوجها وفرّق بينهما؛ فعليها العدّة، وسبيلها فيها سبيل النّكاح الصّحيح في السّكنى، والنّفقة. وجميع ذلك قول مالك ا هـ. فصحّ إطلاق النّاظم وجوب العدّة في الفاسد بقسميه، وعلى ما يظهر من كلام كثيرٍ من الفقهاء يكون إطلاق العدّة في فسخ النّكاح المتّفق على فساده مجازًا، يراد به الاستبراء، وفي الرّصّاع في شرح قول ابن عرفة: العدّة مدّة منع النّكاح لفسخه، أو موت الزّوج أو طلاقه ما نصّه فإن قلت: أطلق الشّيخ في قوله لفسخه فظاهره: أنّ النّكاح الفاسد إذا فسخ تجب فيه العدّة، ولو كان مجمعًا على

والدخول بالأمهات يحرم البنات فانظر قوله: وتحرم عليه أمهاتها وبناتها. قوله: **(فإن نكاح الشغار إلخ)** أشرنا إلى الجواب عنه قريبًا. قوله: **(لا الاستبراء)** يأتي في فصل العدد أن الحبس من أجل النكاح الفاسد ولو مجمعًا على فساده حيث يدرأ الحد فيه للشبهة من كونه لم يعلم، ونقله هذا الشارح بعيد هذا هو عدة لا استبراء، فكلام هذا الشارح حسن. وما يذكره هذا الشارح من التردد قريبًا فالراجح هو ما ذكرناه، وانظر كلام الناس في ذلك عن المدونة وغيرها صدر العدة في الشرح.

فساده قلت: كذلك وقع في إطلاق ابن الحاجب وقال شارحه: هو مذهب المدوّنة؛ لأنّه قال فيها: وما فسخ من نكاحٍ فاسدٍ أو ذات محرمٍ فالعدّة في ذلك كلّه كالعدّة في الصّحيح. ونقل الشّيخ عن اللّخميّ أنّه إن كان مجمعًا على فساده فثلاث حيضٍ. وقيل: حيضةٌ، وإن كان مختلفًا فيه فثلاثٌ، وعندي أنّ ذلك كلّه إذا لم يكن عالمًا بالتّحريم المجمع عليه، فإنّه ليس بنكاحٍ، والرّسم يدلّ عليه؛ لأنّه نكاحٌ ففسخ - والله أعلم - ا هـ. كلام الرّصّاع.

باب النفقة وما يتعلق بها

ابن عرفة: النّفقة ما به قوام معتاد حال آدميٍّ دون سرفٍ الرّصّاع قوله: ما به قوام معتاد حال آدميٍّ أخرج به ما به قوام معتاد غير آدميٍّ، وما ليس معتادًا في حال الآدميّ، لأنّه ليس بنفقةٍ شرعًا. وأخرج بقوله: دون سرفٍ السّرف، فليس بنفقةٍ شرعًا إلخ، ولا يحكم الحاكم به، والمراد هنا بالنّفقة: النّفقة الّتي يحكم بها. (وفي دخول الكسوة) في النّفقة خلافٌ مشهورٌ، ذكره ابن سهلٍ وغيره، وعليه من التزم نفقة رجلٍ، هل تجب عليه كسوته وهو قول ابن زربٍ أو لا تجب وهو قول ابن سهلٍ وابن رشدٍ وغيرهم؟ قال ابن رشدٍ: لأنّ النّفقة وإن كانت من ألفاظ العموم فقد تعرّفت عند أكثر النّاس بالطّعام دون الكسوة. قال الشّارح رحمه الله تعالى ما حاصله: إنّ النّفقة موضوعةٌ للطّعام والكسوة، ثمّ تخصّصت عندنا عرفًا بالطّعام فقط ا هـ. وقوله: وما يتعلّق بها الّذي يتعلّق بالنّفقة ما يجب منها للمطلّقات، وما يلحق بها من كسوةٍ وإسكانٍ، وحكم المعسر بها.

ويجب الإنفاق للزّوجات	في كلّ حالةٍ من الحالات
والفقر شرط الأبوين والولد	عدم مالٍ واتّصالٌ للأمد
ففي الذّكور للبلوغ يتّصل	وفي الإناث بالدّخول ينفصل
والحكم في الكسوة حكم النّفقة	ومؤن العبد تكون مطلقه

ذكر في هذه الأبيات أسباب وجوب النّفقة وشروطها، وأسبابها - كما قال ابن الحاجب ثلاثةٌ: النّكاح، والقرابة، والملك، فتجب في النّكاح بالدّخول، أو بالدّعاء إلى

باب النفقة وما يتعلق بها

قوله: **(وفي دخول الكسوة إلخ)** قدمنا أن الراجح لا تدخل الكسوة في النفقة خلاف ما رجحه ابن عرفة عند قول الناظم: وما امرؤ لزوجة يلتزم إلخ فافهم وذلك هو الحق بدليل كلام الناس، انظره إن شئت صدر النفقة في الشرح.

(ص): ويجب الإنفاق للزوجات. إلى آخر الأبيات الأربعة.

الدّخول، وليس أحدهما مريضًا مرض السّياق والزّوج بالغٌ والزّوجة مطيقةٌ للوطء. كذا في ابن الحاجب وجعل في التّوضيح السّلامة من المرض، والبلوغ في الزّوج، وإطاقة الوطء في الزّوجة، شروطًا في الدّعاء للدّخول، فإذا دعي إليه وقد اختلّ أحد هذه الشّروط فلا تجب، أمّا إن دخل فتجب النّفقة بغير شـرط. وجعلها اللّقانيّ شرطًا في الدّخول وفي الدّعاء إليه، فلا تجب نفقة الزّوجة ولو دخل بها إلّا إذا بلغ الزّوج، وأطاقت الزّوجة الوطء، ولم يعضّده بنقلٍ، (والظّاهر أنّه شرطٌ في الدّعاء فـقط)، كما في التّوضيح ابن الحاجب: وتعـتبر بحال الزّوج، والزّوجة، والبلد، والسّعـر، وتجب نفقتها كـانت غنيّةً أو فقيرةً حـرّةً أو أمةً، كان الزّوج حرًا أو عبـدًا، وعلى ذلك نبّه بقوله: في كلّ حالةٍ من الحـالات ابن سلمون: وعلى العبد نفقـة زوجته الحرّة، وكسوتها طول بقائـها في عصمته من كسبـه، ولا يمنعه سيّده من ذلك، وإن كانت الزّوجـة أمةً فنفقتـها كذلك على زوجهـا، حرًا كان أو عبدًا، بـوّأها معه السيّـد بيتًا أم لا. وقـال أشهب: لا نفـقة لها على الزّوج بحـالٍ وهي على السيّـد، وقيل بالفرق بين أن يبوّئهـا سيّدها مع زوجها بيـتًا فتلزم الزّوج أو لا يبوّئها فـتسقط عن الزّوج، انظر تمام كلامه. (وأمّا نفقة القـرابة): فعلى الأولاد الصّغار الّذين لا مال لهم على الذّكور حتّى يحـتلموا، ولا زمـانة بهم، وعلى الإناث حتّى ينكحن ويدخل بهـنّ أزواجهنّ وعلى الأبوين الفقيرين بشرط الحرّيّة في المنفق والمنفق عليه، وأمّا المملوك: فنفقته على مالكه، ولا تجب عليه نفـقة أولاده ولا نفقـة أبويه، إذ ليس له إتلاف مال سيّـده ولا يطلبه أبوه أو ابنه بالنّفقـة عليه؛ لأنّ ذلك على سـيّده. وعلى استـمرار نفـقة الأولاد إلى الأمد المذكـور نبّه بقوله: واتّصـالٌ للأمد ثمّ فـسّر ذلك الأمد بقـوله: ففي الذّكور للبلـوغ يتّصل وفي الإناث بالدّخول ينفصل ابن الحاجب: وتجب على الأب الحرّ نفقـة ولده الفقير على قدر حاله له، ونفقة الذّكر حـتّى يحتلم، عاقلاً غير زمنٍ بما يمنع التّكسّب، وقـيل: حتّى يحتلم، والبنت حتّى يدخل بـها الزّوج، ولو أسلم بعد البـلوغ وبقيت كافـرةً، ولو عادت بالغـةً أو عادت الزّمانة للذّكر لم تعد، ثمّ لهـما أن يذهبا حيث شاء إلاّ أن يخاف سفهٌ؛ فـيمنعهما الأب أو الوصيّ. التّوضيح: واحترز بوصف الأب بالحرّيّة من أن يكون الأب عـبدًا أو فيه شائبةٌ من شوائب الحرّيّة، فلا نفـقة لولده عليه، وكذلك لا نفقة للولد الرّقـيق على أبيه، وشرط في نفقة الولد أن يكون فقيرًا، وأمّا إن كان له مالٌ قال في المدوّنة: أو يكون اكتسب ما يستغني به فلا تجب نفقته. وكذلك إن كان للبنت ما تستـغني به فلا تجب نفقتها، فإن كانت الصّنعة

قوله: **(والظاهر أنها شرط في الدعاء فقط)** هذا تبع فيه ابن عاشر في حاشيته على المختصر وهو كلام صـحيح، وأتينا بدليله في الشرح وإن لم يأت به ابـن عاشر، وما ذكـره هو الذي عليه الناس فإن التـشاح في الإنفاق غـالبًا إنما هو عند إرادة الدخـول، وأما حدوث مـا يمنع الوطء بعد الدخول فإنه لا يعـتبر في إسقاط النفقـة ولا يعتقدون إلاّ وجوبها والحـمد لله. قوله: **(وأما نفقة القرابة إلخ)** كلامه في النفقة بالقرابة حسن مطابق لكلام الناس.

لا تكتفي أعطيت تمام الكفاية اللّخميّ: وإذا كسدت الصّنعة عادت النّفقة على الأب، واشترط هنا الفقر ولم يشترطه في الزّوجة؛ لأنّ نفقة الولد مواساةٌ بخلاف نفقة الزّوجة فإنّها معاوضةٌ. وقوله: ولو أسلم بعد البلوغ أي: ولو أسلم الأب بعد بلوغ ابنته البكر وبقيت هي كافرةً فلا تسقط نفقتها، وذكرها لئلا يتوهّم خروجها لاختلاف الدّينين، وكذلك نصّ اللّخميّ على الوجوب في عكس هذه الصّورة، أعني: إذا أسلمت بعد بلوغها وبقي هو كافرًا، لم تسقط نفقتها عنه لأنّه حكمٌ بين مسلمٍ وكافرٍ. وقوله: ولو عادت بالغةً إلخ يعني فلو زوّج ابنته الصّغيرة ثمّ طلّقها زوجها أو مات عنها وعادت إلى أبيها بعد البناء بالغةً لم تعد نفقتها على الأب. مالك فإن طلقت قبل البناء فهي على نفقتها، ومفهوم كلام المصنّف أنّها لو عادت غير بالغة لوجب على الأب الإنفاق، وهو قول سحنون قال: تعود نفقتها ولا يسقطها بلوغها بل حتّى تتزوّج زوجًا آخر. وقال غيره: لا تعود أصلاً. وقيل: تعود إلى أن تبلغ فتسقط. قال: ولا تسقط النّفقة لترشيده لابنته. وقوله: أو عادت الزّمانة للذّكر يعني إن بلغ الابن زمنًا وقلنا باستمرار نفقته على المشهور ثمّ صحّ وحكمنا بسقوط نفقته ثمّ زمن فإنّ النّفقة لا تعود إلى الأب ا هـ. وفي المقرّب قلت له: أرأيت الصّبيّ الصّغير إن كان له مالٌ وأبواه معسران أينفق عليهما من مال هذا الابن؟ قال: قال مالكٌ ينفق عليهما من مال الولد، صغيرًا كان أو كبيرًا، ذكرًا كان أو أنثى، (متزوّجةً كانت الأمّ أو غير متزوّجة ا هـ) وقوله: والحكم في الكسوة حكم النّفقة يعني أنّ حكم الكسوة حكم النّفقة فحيث تجب النّفقة تجب الكسوة وحيث لا فلا أجرة على ما تقدّم. وقوله: ومؤن العبد تكون مطلقًا أي: على سيّده، ومؤنته: نفقته وكسوته. وهذه إشارةٌ إلى السّبب الثّالث من أسباب النّفقة وهو الملك. ابن الحاجب: وتجب نفقة ملك اليمين وإلاّ بيع عليه التّوضيح: تصوّره ظاهرٌ فرعٌ: إذا تبيّن ضرره بعبده في تجويعه وتكليفه من العمل ما لا يطيق وتكرّر ذلك منه بيع عليه ا هـ. وفي الرّسالة: وعليه أن ينفق على عبيده ويكفّنهم إن ماتوا.

ومنفقٌ على صغيرٍ مطلقًا	له الرّجوع بالّذي قد أنفقا
على أبٍ أو مال الابن وأبي	إلاّ بعلم المال أو يسر الأب
ويرجع الوصيّ مطلقًا بما	ينفقه وما اليمين ألزما
وغير موصٍ يثبت الكفالة	ومع يمينٍ يستحقّ مالهْ

قوله: **(متزوجة كانت الأم أم غير متزوجة)** أي ولا تنحصر النفقة في ثلثها فقط أي لأن هذا أمر واجد عليها فلا ينحصر في ثلثها كما في النص.

(ص): ومنفق على صغير مطلقًا. إلى آخر الأبيات الأربعة. **فائدة:** تشتمل على أمور

يعني أنّ من أنفق على صغيرٍ سواءٌ كان له أبٌ أو يتيمًا، وهو مراده بالإطلاق، فإنّ له الرّجوع ممّا أنفق، ويكون رجوعه في مال الصّبيّ إن كان له مالٌ وعلم به المنفق، أو في مال الأب إن كان موسراً وعلم المنفق بيسره. وهذا معنى البيتين الأوّلين، فإن كان لكلٍّ منهما مالٌ رجع في مال الصّبيّ. قال ابن رشد: إن كان للصّبيّ ذي الأب أو لليتيم مالٌ فللمنفق عليهما الرّجوع عليهما في أموالهما، إنّ كانت له بالنّفقة بيّنةٌ، وإن لم يشهد أنّه إنّما ينفق ليرجع به بعد يمينه أنّه إنّما أنفق عليهما ليرجع في أموالهما لا على وجه الحسبة، ويسر أبي

وأحكام كثيرة في المنفق على غيره أو المنفق من مال غيره على نفسه، وقد نظمت ذلك وشرحته، ونصّ النظم هو هذا:

ومنفق على صغير دون مين ... مع علمه له بمال غير عين
في عينه يرجع لا ما جددا ... مع نية الرجوع فافهم ما بدا
ويسر والد كما سبقا ... كمنفق على كبير مطلقًا
إن لم يكن لصلة فيما شهر ... لحكمة قد وجدت من مقتدر
وكل من يرجع حلفه يجب ... إن لم يكن أشهد فافهم ما انتخب
وزوجة بأكل زوج علمت ... من مالها مع كونها قد سكتت
كمنفق على كبير سلفا ... فهاكها مصحوبة بالاكتفا
والعين هاهنا إذا ما عسرا ... تناول لها كعرض قد جرى
وسرف يلغى بلا تقييد ... في كل ما مرَّ بلا تفند
ثم لقيط حكمه في المختصر ... في بابه المعلوم فافهم ما ظهر
وأكلها من مالها والولد ... فانظره في التفليس يا من يقتدي

فقوله في النظم: ومنفق على صغير مطلقًا مراده بالإطلاق كان الصغير ذكرًا أو أنثى، ربيبًا أو أجنبيًا منه بالكلية، كان المنفق أبًا أو أخًا أو وصيًا وهو كذلك، وكذلك إذا أنفقت الأم حاضنته كانت أم لا، وكذلك الكافل الأجنبي، وهذا كله يشمله النظم وهو كذلك عند الناس، والكلام فيمن هو غير ملتزم الإنفاق وإلاّ فلا رجوع كما لا يخفى. وقوله دون مين أي لا مع الشك وهو قولهم: يثبت أنه أنفق على الصغير أو يثبت الكفالة، وإثبات الإنفاق يكون بأمور، ومهما حصل إنفاق بلا شك فالرجوع ولذلك عبرنا بقولنا دون مين وقوله مع علمه إلخ. وأما إن أنفق وهو غير عالم بماله ثم ظهر ماله أو لم يكن له مال وتجدد له بعد الإنفاق فإنه لا رجوع لأنه يحمل الإنفاق على الاحتساب. وقوله: غير عين يأتي كلام فيه عند قوله في البيت الثامن والعين هاهنا. وقوله:

الولد كماله، وروى محمّد بن يحيى السّبئيّ أن لا رجوع في أموالهما إلاّ أن يكون أشهد أنّه إنّما أنفق ليرجع بذلك، وهذا إذا أنفق وهو يعلم مال اليتيم، أو يسر الأب، ولو أنفق عليهما ظانًّا أنّه لا مال لليتيم، ولا للابن، ولا لأبيه، ثمّ علم ذلك فلا رجوع. وقيل: له الرّجوع. والقولان قائمان من المدوّنة. وسمع سحنونٌ من ابن القاسم: من غاب أو فقد فأنفق رجلٌ على ولده فقدم أو مات في غيبته وعلم أنّه كان عديمًا؛ لم يتبعه بما أنفق. قال ابن رشد: لأنّ الولد إذا لم يكن لأبيه ولا لـه مالٌ فهو كاليتيم، النّفقة عليه احتسابًا. قال المتيطيّ: يرجع بستّة شروط: أن يكون للصّبيّ مالٌ حين الإنفاق، وأن يكون قد علم به المنفق، وأن يكون ماله غير عين، وأن ينوي المنفق الرّجوع بنفقته، وأن يحلف على ذلك، وأن تكون النّفقة غير سرف اَ هـ. من شرح الرّسالة للقلشانيّ بتقديم وتأخير وبعض اختصار. وفي المقرّب قلت: فمن كفل يتيمًا له مالٌ فأنفق عليه ثمّ قال: إنّما أنفقت عليه

في عينه يرجع لا ما جدداً أي لا فيما جدد، والتجدد تارة يكون بعد تمام الإنفاق ولا إشكال في عدم الرجوع فيه، وأما إن تجدد بعد الإنفاق عليه مدة ثم علم به وتمادى على الإنفاق فإن إنفاقه بعد علمه يكون في المال المتجدد لا إن لم يعلم وهذا ظاهر. وقوله: مع نية الرجوع إلخ أي لا إن أنفق احتساباً فإنه لا يرجع، وقول الناظم مع نية الرجوع ظاهره أنه إذا أنفق ولا نية له في الاحتساب ولا الرجوع أنه لا يرجع، وهذا ظاهر كلام الناس، وما في الشيخ ميارة عن العبدوسي لا يظهر أصلاً مع أن أنقال الشيخ ميارة ظاهرة غاية أو صريحة في خلاف ما قاله العبدوسي.
وقوله: ويسر والد إلخ أي هو كمال الصبي إن علم به المنفق رجع وإلاّ فلا. وقوله: كمنفق على كبير مطلقًا أي كان له مال أم لا علمه المنفق أم لا، والفرق بينه وبين الصغير أن الكبير واجب عليه التكسّب لنفقة نفسه وإلا أثم فقام عنه المنفق بواجب، ولا كذلك الصغير حيث لا مال له وإنما وجوب نفقته على ماله، فإن وجد المال أخذ منه وإلاّ فلا وهذا معنى قوله: لحكمة إلخ. وقوله: إن لم يكن لصلة أي إذا أنفق على كبير لأجل الصلة له والاحتساب فلا رجوع له عليه والأصل عدم الصلة. وقوله: كمنفق يدخل إنفاق الزوجة على زوجها وهي محمولة على عدم الصلة أيضًا وكذا تحلف، وقد قال في المختصر: ورجعت بما أنفقت عليه أي الزوج غير سرف وإن معسراً كمنفق على أجنبي إلاّ لصلة. وقوله: إلاّ لصلة راجع إليهما وكذا استغلال الزوج مالها وهي ساكتة عالمة فهو بمنزلة أخذ مالها، ولا بدّ من يمينها فيما أخذه زوجها أو استغله أنها ما سكتت مسقطة لحقها ونحو ذلك، ولكن المرأة إذا أنفقت على زوجها فإنها ترجع عليه وإن كان معسراً كما رأيته في المختصر، بخلاف إنفاقها على ولدها منه فإنها لا ترجع على الوالد إلاّ إذا كان غنيًا لأن غناه بمنزلة ماله الصبي، وكذا إنفاقها على زوجها والزوج معسر فإنها لا ترجع عليه به وإنما لها التطليق أو البقاء بلا إنفاق، وهذا كله مبين عند قول المتن: وحاصت الزوجة بما أنفقت وبصداقها إلخ. وقوله: وكل من يرجع إلخ يشمل جميع ما تقدم حتى المنفق على الكبير وهو كذلك، وكذا الزوجة فيما أنفقته على الزوج. وقوله: إن لم يكن أشهد مفهومه أنه إذا أشهد أنه لا يحلف وهو

لأرجع به في ماله. فإنّ ذلك لـه، وسواءٌ أشهد على ذلك أو لم يشهـد. وهو قول مالك. قلت: فلو أنّ رجلاً غاب عن أولاد له صـغار فأنفق عليهم رجلٌ من غـير أن يأمره والدهم بالنّفقـة عليهم ثمّ قـدم والدهم أيكون لهذا الرّجل أن يتبعـه بما أنفق؟ قـال: نعم، إذا كان الأب موسراً يوم أنفق عليهم إذا قال: أنفقت عليهم على وجه السّلف، وحلف على ذلك، وكانت له أيضًـا بيّنةٌ بالإنفاق. وفي النّوادر وقـال ابن القاسم: ومن أنفق علـى صبيٍّ على الحسبة ثمّ ظهر أنّ له أبًا موسرًا لم يتبعه بشيء، إلاّ أن يعلم أنّ الأب تعمّد ذلك بهم.

كذلك، وظاهر النظم أن الوصي ونحوه يحلف وهو كذلك، وابن عـاصم مرَّ على عدم حلفه لأنه مأمور بالإنفاق والمسـألة خلافية، ولكن اليمين تناسب الزمان والأيام يحتـاط لها. وقوله: وزوجة إلخ معناه أن الزوج إذا أكل مال زوجته وهي عالمة ساكتة فإنها ترجع بذلك على زوجها كما يرجع المنفق مع الكبير مع اليمين مع كون الرجوع منها في هذا أحرى مـن الرجوع فيما أنفقته عليه، لأن الإعطاء منها له أقرب إلى الإسقاط من سكوتها عالمة عند أخذه لمالها، ولذلك صاحب المختصر لم يذكر هذا وذكر الأول. وقوله: والعين هاهنا إلخ حاصل هذا أن المنفق على الصغير إذا كان له من مال غـير عين فإنه يرجع إن أنفق عالمًا، وأمـا إن كان له ناض فإن لم يكن يقـدر على الإنفاق منه أصلاً أو إلاَّ بمشـقة فهو كـالعرض، وإن كان يتأتى مـن الناض الإنفاق فهو الذي لا يرجع مـعه، وهكذا بيّن المسألة من حـقق الكلام فيهـا، لأن الرجوع بالإنفاق إنما هو حـيث لم تقم قرينة على الاحتساب وإلاَّ فلا رجوع، والاحتساب يبعد من المنفق، مع التأتي للمنفق أن ينفق من ناض المنفق عليه، مع أن هذا التفصيل فـي العين وغيرها إنّما يظهر فيمن تحته مال الصـغير كالوصي، وأما إذا كان للصغير ناض تحت يد أبيه أو وصـيه وأنفق عليه أجنبيّ يعلم ذلك فإنه يرجع عليه، ولكن ربما يؤخذ هذا من قولنا: هذه عين لا يتأتى الإنفاق منها، وانظر نصوص العلماء في الشرح فإنما فرّقوا بين العين وغـيرها في الوصي فقـط. وقوله: وسرف يلغى إلـخ هو ظاهر في نفسـه. وقوله: ثم لقيط إلخ أشار إلى قـوله في كتاب اللقطة: ووجب لقط طفل نبد كـفاية وحضانته ونفـقته إن لم يعط من الفيء إلاَّ أن يملك كهبة إلى قوله: ورجوعه على أبيه إن طرحه عمداً إلخ. وقول: وأكلها من مالها والولد فانظره في التفليس يا من يقتدي. أشار بهذا إلى قوله في كتاب الفلس: وحاصت الزوجة بما أنفقـت وبصداقها كالموت لا بنفـقة الولد، والحاصل نفقـتها ترجع بها وتحـاص، ونفقة الولد ترجع بها ولا تحـاص، لأن نفقتهـا على نفسها أوجب بدليل أنهـا تسقط بها الزكـاة فافهم. والحاصل هذه أمور قليلة واختـصرناها من شرحنا فمن اكتفى بها كـفته، ومن أراد التوسّع فلينظر الشرح عند قول المتن: وعلى المنفق إن كان له مال. وعند قوله: ورجعت بما أنفقت عليه في كتاب النفقـة. وعند قوله في كتاب الـفلس: وحاصت الزوجة إلخ، فإنه إذا نـظر تمتع بما يقف عليه إن كان وقوعًا في تحصيل العلوم والله المعين. وذكر ابن رشـد كلامًا طويلاً فيمن كان والده ينفق عليه ثم مات الوالد هل يحاسب الولد بالنفقة أم لا؟ ومحصله أن المسألة على أربعة أقسام: إن كان مال الولد عينًا ووجـد على حاله فإن كـتب الإنفاق أي الفرض فـلا يحاسب إلاَّ أن يوصي به وإن لم يكتب فـلا حسـاب وإن أوصى به، وإن كان عـرضًا ووجد علـى حاله أيضًـا فإن كتب الـفرض

فرعٌ: من أنفق على يتيمٍ ووجب له الرّجوع عليه هل يكلّف بيمين القضاء على أنّه لم يقبض إنفاقه من مال اليتيم ولا أسقطه لإمكان أن يصل إليه ذلك من حيث لم يعلمه القاضي؛ لأنّ القضاء على اليتيم كالقضاء على الغائب وانظر في مسائل المحجور من كتاب ابن سهلٍ هذا في غير الوصيّ. وأمّا الوصيّ فقد لا يكون عليه يمين القضاء؛ لأنّه مأمورٌ بالإنفاق على اليتيم ليرجع به في ماله، وسواءً أنفق من مال نفسه أو من مال اليتيم هو قائمٌ بما أنفق، بخلاف غيره من الطّرر. فرعٌ: وفي طرر ابن عات قال بعض المفتين في المرأة تتزوّج ويتطوّع زوجها بنفقة ابنها، ثمّ تريد الرّجوع بها على ابنها، في حياته أو بعد وفاته، وكان له مالٌ وقت الإنفاق، فإنّها لا رجوع لها عليه؛ لأنّه معروفٌ من الزّوج وصلةٌ للرّبيب، والأمّ لم تترك على ذلك من حقّها شيئًا ا هـ. قال مقيّده عفا اللّه عنه وقد قلت في ذلك بيتًا وهو:

ومن بإنفاق الرّبيب طاع لا رجوع للأمّ على ابنٍ فاقبلا

تنبيهٌ: تقدّم أنّ المنفق على الصّغير إذا لم يشهد أنّه إنّما أنفق ليرجع فإنّه يحلف على ذلك، ويرجع، وكذلك يرجع إذا أنفق ولم ينو رجوعًا ولا عدمه، فإنّه يحلف أنّه لم ينو رجوعًا ولا عدم الرّجوع، ويرجع. نقله صاحب المعيار في أثناء جواب العبدوسيّ بعد كراسين من نوازل الأحباس، قوله:

ويرجع الوصيّ مطلقًا بما ينفقه وما اليمين ألزما

وغير موصٍ يثبت الكفالة ومع يمينٍ يستحقّ ماله

يعني أنّ الوصيّ إذا أنفق على محجوره فإنّه يرجع عليه بما أنفق. سواءً أشهد أنّه أنفق ليرجع أو لا، كانوا في حضانته أو لا، وهو مراده بالإطلاق، فإن لم يشهد فلا يمين عليه في ذلك؛ لأنّه مأمورٌ بالإنفاق عليه، فيصدّق في قصد الرّجوع، وعلى سقوط اليمين نبّه

حوسب الولد، وإن أوصى بعدم المحاسبة وإن لم يكتب ما ذكر فالحساب إلاّ أن يوصي بعدمه، وأما إن استهلك الأب المال فالحساب كتب أو لا، إلاّ أن يكتب للابن ذكر حق أشهد له فيه فلا حساب، وظاهره في هذا القسم كان المال عرضًا أو عينًا وهو ظاهر، وإن لم يصل المال ليده عرضًا كان أو عينًا فهو بمنزلة العرض إذا كان بيده وقد تقدم حكمه، وقد لفقت ذلك بما نصّه:

إن كان مال ولد قد وجدا بحاله بلا ذهاب قد بدا

فإن يكن عينًا ولا كتبًا لعلم فلا حساب مطلقًا فيما فهم

فإن يكن كتبًا ووالد عهد بتركه وإن يكن عرضًا وجد

فإن يكن كتب حساب وجبا بلا تقيد على ما صوبا

بقوله: وما اليمين ألزما فما نافيةٌ، أي: لم يلزمه الشّرع يمينًا على ذلك، قوله: وغير موصٍ البيت، هو تفصيلٌ لما أجمل في قوله صدر المسألة: ومنفقٌ على صغيرٍ مطلقًا وحاصله أنّ المنفق على الصّغير إن كان وصيًا عليه فله الرّجوع مطلقًا، كانوا في حضانته أو لا، إن لم يكن وصيًا فإنّما يرجع إذا أثبت أنّهم في كفالته وحلف أنّه أنفق ليرجع، وأنّ النّفقة من عنده. وفي كتاب الاستغناء قال المشاور في رجلٍ تزوّج امرأةً لها أولادٌ وكان الأولاد مع أمّهم على مائدة الزّوج وفي بيته وداره زمانًا ولهم أصولٌ ودورٌ فلمّا بلغوا قام يطلبهم بالنّفقة فأنكروه وقالوا: لم نأكل إلاّ مالنا، وأقام الزّوج البيّنة أنّهم كانوا على مائدته، ولا يعلمون الإنفاق ممّن كان منهم: أنّ القول قول الزّوج الحاضر المنفق بيمينه، ويرجع بذلك في غلّة أصولهم، وفي الأصول إن لم تف الغلات بذلك، فإن شرط له بعد ذلك عليهم شيءٌ لم يكن له إتباعهم به ا هـ. نقله ابن سلمون.

فصل في التداعي في النفقة

ومن يغب عن زوجةٍ ولم يدع … نفقةً لها وبعد أن رجع

ناكرها في قولها في الحين … فالقول قوله مع اليمين

ما لم تكن لأمرها قد رفعت … قبل إيابه ليقوى ما ادّعت

وحيث لا كتب ولا عهد ذكر … فتركه الحساب أمر قد شهر

ووالد فوت مال الولد … وبعد ذا أنفق فافهم واهتد

حسابه في كل حال حال … إلاّ إذا أشهد بالمقال

وغير واصل لمن قد أنفقا … فحكمه كالعرض فيما سبق

فصل في التداعي في النفقة

(ص): ومن يغب عن زوجة ولم يدع. إلى آخر الأبيات الثلاثة عشر. كلام شراح النظم رأيته ولكن لا استيفاء فيه، وصاحب المختصر قال: وإن تنازعا في عسره في غيبته اعتبر حال قدومه، وفي إرسالها فالقول إن رفعت من يومئذ لحاكم لا لعدول وجيران، وإلاّ فقوله كالحاضر وحلف لقد قبضتها لا بعثتها. فقوله: وإن تنازعا إلخ حاصل هذه المسألة أنه إذا علم حال خروجه معسرًا أو موسرًا عمل على ذلك، فالمعسر يقبل قوله بلا بينة في العدم والموسر لا يقبل قوله إلاّ ببينة ولا بدّ من اليمين، وإن جهل حال خروج اعتبر حال قدومه هذا هو الراجح، ومن ارتاب

فـيـرجع القـول لهـا مع الحلف — والرّدّ لليـمين فـيـهـمـا عـرف
وحكم مـا على بـنيـه أنفـقت — كـحكم مـا لنفسـهـا قـد وثّقت
فـإن يكن قـبل المـغـيب طلّقـا — فـالقـول قـولها بـذاك مطلقـا
إن أعـمـلـت في ذلك اليـمـينا — وأثبـتت حـضـانة البنينا

يعني أنّ الرّجل إذا غاب عن زوجته مدّةً ولم يترك لها نفقةً فلمّا قدم وطالبته بما أنفقت على نفسـها، ادّعى أنّه ترك لها نفـقتها، فـإنّ القول في ذلك قول الزّوج، أنّه ترك النّفـقة ويحلف على ذلك ما لم تـكن رفعت أمرها للحـاكم في مغيبـه، فتقـوى دعواها، ويرجع القول قولها مع يمينها أيضًا. وعلى ذلك نبّـه بقوله: ومن يغب عن زوجة إلى قوله: فيرجع القول لهـا مع الحلف قوله: والرّدّ لليمين فـيهمـا عرف يعني: أنّ من كان القـول قوله من الزّوجين مع يمينه فله أن يردّ اليمين على الآخر، فإن كان القول للزّوج فردّ اليمين على المرأة حلفت ولزمته النّفـقة. وإن كان القول للزّوجة فـردّت اليمين على الزّوج حلف وبرئ. هذا فيما أنفقته على نفسها، أمّا ما أنفـقته على بنيها منه فيجري على ما تقدّم من الفرق بين أن ترفع ذلك للقاضي قبل قدومه فالقول قولها أو لا؟ فالقول قوله مع يمين من كان القول قوله منهمـا وعلى هذا نبّه بقوله: وحكم مـا على بنيه أنفقت البـيت هذا كلّه إن غاب وهي في عصمته، أمّا إن طلّقها بائنًا ثمّ غاب فـإنّ القول قولها في النّفقة رفعت للقاضي أو لم ترفع وهو معنى الإطلاق في قولهَ: بـذاك مطلقًا. والباء ظرفيّةٌ، والإشـارة للإنفاق، وإنّما يكون

فلينظر كـلام الناس، وقد بيّناه في الشـرح على ما ينبـغي، وبينا وجه إدخال ذلـك في كلام المتن أيضًا فانظره. وحاصل مسألة الاختلاف في الإرسال فقـول المختصر فيها وفي إرسالها أي وكذا إن ادعى أنه ترك لها نفقة بجامع أنه دفع ما وجب بحسب دعواه. وقوله: من يومئذ هو متعلق بلفظة قولها وأما قـبل ذلك فقوله وهو قوله وإلاّ إلخ ولا بدّ من يمين من كان القول قـوله منهما. وقوله لحاكم يتـعلق برفعت. وقوله لا لعـدول إلخ ابن عرفة قـال في هذا استمـر العمل على أن الرفع للعدول كـالرفع للحاكم والرفع للجيران لغـو. وقوله: كالحاضـر شبيه في كـون القول له أي مع يمينه، وإنما سكت الشيخ خليل لأن الدعـوى محققة غير مـستبعدة، وكلما كـانت الدعوى كذلك أوجبت اليمين كما في ابن شاس وغيره، مع أن المصنف قال وحلف لقـد قبضتها لا بعثتها، وإنما حلف هكذا لأنه قد يحصل الجزم أو الظن بقبضها، كما إذا أرسل النفقة مع ثقة غاية يعرف صدقة وأخبره بأنه أوصلها للزوجة، وقد قال في المختصـر واعتمد البات على ظن قوي القول المذكور في التحفة إذا لم يعلم حالة الخروج أنه يحمل على اليسار قويّ لأن الأصل هو الملك، ولذلك يكلف الغريم بأعمال رسم العدم على المذهب، ولكن هذا عورض بكونه قـدم معدمًا أي في حالة قدومه معدمًا. وقول الناظم: وقـيل باعتبار وقت السفر هذا القول في نفسـه أقوى من قول ابن القاسم: إذا قدم معدمًا يحمـل أمره على العدم، لأن من خرج غنيًا فقد غاب والنفقة وجـوبها محقق عليه

القول قولها إذا حلفت وأثبتت أنّ الأولاد كانوا في حضانتها. قال في المقرّب: قلت: فإن قامت امرأةٌ على زوجها فادّعت أنّه لم ينفق عليها سنين، فقد قال مالكٌ القول قول الزّوج، ويحلف إن ادّعى الإنفاق وكان موسرًا مقيمًا معها بالبلد، وإن كان غائبًا فلمّا قدم قامت عليه فقال: قد كنت أبعث إليها بالنّفقة. فالقول قوله، إلاّ أن تكون المرأة قد رفعت ذلك إلى السّلطان واسترعت عليه في مغيبه، فإنّ ذلك يلزمه من يوم رفعت ولا يبرّئه إلاّ أن يأتي بمخرجٍ من ذلك، وفيه أيضًا قال محمّدٌ وإذا أنفقت امرأةٌ على أولادٍ لها صغار في مغيب زوجها ثمّ قدم فطالبته بذلك فحالها فيما تدّعي من الإنفاق عليهم من مالها كحال ما تدّعي أنّها أنفقته على نفسها. كذلك روى عيسى عن ابن القاسم وفي الوثائق المجموعة، فإن كانت المرأة مطلّقةً كان القول قولها في نفقتها (ونفقة بنيها) إن كانت حاضنةً لهم ا هـ. ابن الحاجب فإن تنازعا في إعطائها وإرسالها فثالثها المشهور إن كانت رفعت أمرها إلى الحاكم، فالقول قولها من يومئذ، وأمّا الحاضر فالقول قوله للعرف، ولها طلبه عند سفره بنفقة المستقبل يدفعها لها أو يقيم لها كفيلاً يجريها عليها ا هـ.

فإن يكن مدّعيًا حال العدم	طول مغيبه وحاله انبهم
فحالة القدوم لابن القاسم	مستندٌ لها قضاء الحاكم
ومعسرٌ مع اليمين صدّقا	وموسرٌ دعواه لن تصدّقا
وقيل باعتبار وقت السّفر	والحكم باستصحاب حاله حرى
وقيل بالحمل على اليسار	والقول بالتّصديق أيضًا جار

يعني إذا قدم الزّوج من مغيبه فطلبته بالنّفقة مدّة الغيبة فزعم أنّه كان معسرًا، لا تستحقّ عليه في مدّة الغيبة شيئًا، وأنكرت ذلك المرأة فلا يخلو إمّا أن يجهل حاله يوم

والأصل بقاء ما وجب على وجوبه، وكذلك إذا خرج معدمًا فإنه بريء من النفقة فلا تلزمه إلاّ بيقين، وأيضًا ما قاله ابن القاسم هو استصحاب معكوس وهذا غير معكوس وهو أبين منه، ويدل على ما أشرنا إليه الخلاف القوي في الاستدلال بحالة القدوم، بل حكى ابن رشد الاتفاق عليه أي على اعتبار حال الخروج ومن وقف على الشرح على هذا، وأن حالة الخروج اعتبارها أقوى من اعتبار حال القدوم بمراحل، مع أن اعتبار حال القدوم وهو قول ابن القاسم وبه العمل ولكن عند جهل حالة الخروج فافهم. وقال بعض من تكلم على المدونة: إذا سافر مليًا وقدم مليًا فقولها اتفاقًا وهو صحيح فيما يظهر ونقلناه في الشرح.

وقول هذا الشارح: **(ونفقة بنيها)** وكذلك إذا كانت مطلقة وهي حامل فالقول قولها في نفقة حملها، ونقلنا ذلك في الشرح وقف على الشرح ولا بدّ ولا بدّ فهذه نتفة منه وإن كانت يقنع بها من بخل وعجز.

خروجه أو يعلم، فإن جهل حاله يوم خروجه فلم يثبت كونه إذ ذاك مليًا ولا معدمًا فثلاثة أقوال:

أوّلها: لابن القاسم أنّه يستدلّ بحالة قدومه على حالة غيبته، فيصدّق مع يمينه إن قدم معدمًا، ولا يصدّق إن قدم موسرًا. قال في التّوضيح: لأنّ الأصل عدم تغيير الحال. قال في البيان: وهو معنى ما في المدوّنة، وإلى هذا القول أشار النّاظم بقوله بعد تصوير المسألة فحالة القدوم لابن القاسم البيتين.

القول الثّاني: أنّه محمولٌ على اليسار فلا يصدّق فيما ادّعى أنّه كان في مغيبه معدمًا وإن قدم معدمًا، قال الشّارح: وهو قول ابن الماجشون في الواضحة وتأوّله بعض أهل النّظر على معنى ما في المدوّنة. وفي التّوضيح، والقول بأنّ القول قولها لابن الماجشون وابن حبيب قالا: عليه النّفقة إلاّ أن يقيم البيّنة على ذلك. ووجهه أنّ الغالب الملاء، ولأنّ كلّ غريم ادّعى العدم فعليه البيّنة، على المذهب قال في البيان: وتأوّله بعض أهل النّظر على المدوّنة. وإلى هذا القول أشار النّاظم بقوله: وقيل بالحمل على اليسار

القول الثّالث: أنّه يصدّق في دعواه الإعسار حالة الغيبة، سواءٌ قدم موسرًا أو معسرًا، قال الشّارح: وهو ظاهر قول سحنون وابن كنانة هنا، وقال في التّوضيح: والقول بأنّ القول قولها لابن كنانة وسحنون ووجهه أنّ الأصل العدم، وإلى هذا أشار النّاظم بقوله: والقول بالتّصديق أيضًا جار وإلّى هذه الأقوال الثّلاثة مع بعض المخالفة في التّرتيب أشار ابن الحاجب بقوله: ولو تنازعا في الإعسار في الغيبة فثالثها قال ابن القاسم إن قدم معسرًا فالقول قوله، وإلاّ فقولها. فالأوّل عنده هو الثّالث في النّظم، والثّاني عنده هو الثّاني أيضًا في النّظم، والثّالث عنده هو الأوّل في النّظم هذا كلّه إن جهل حاله يوم خروجه كما تقدّم. وأمّا إن علمت حاله يوم خروجه من ملاء أو عدم فهو محمولٌ على ما علم به من ذلك فتستصحب تلك الحال. وإن قدم على خلاف ذلك قال الشّارح: هذا قول ابن الماجشون في الواضحة. وحكى أبو عمر الإشبيليّ: أنّها روايةٌ لابن القاسم وهو صحيحٌ لأنّه إذا خرج موسرًا ثبت أنّ الإنفاق واجبٌ عليه فلا يسقط عنه إلاّ بيقين، وإذا خرج معدمًا فقد ثبت أنّ الإنفاق قد سقط عنه فلا يعود إلاّ بيقين ا هـ. وإلى حكم ما إذا علم حاله يوم خروجه أشار النّاظم بقوله: وقيل باعتبار وقت السّفر البيت إلاّ أنّ حكاية هذا القول الّذي فيمن علم حاله يوم خروجه أثناء الأقوال الثّلاثة الّتي فيمن جهل حاله يوم خروجه ممّا لا يحسن، لأنّ إحدى الحالتين قسيمٌ للأخرى - واللّه أعلم - وقد نبّه على ذلك الشّارح - رحمه الله - قال: وقد كان إصلاحه سهلاً بأن ينقل الأقوال الثّلاثة متواليةً يعني: يقدّم قوله وقيل بالحمل على اليسار على البيت قبله ويقول: عوض قوله قبله وقيل باعتبار وقت السّفر ما نصّه:

وحاله إن علمت وقت السّفر فالحكم باستصحابها دون النّظر

قال بل لو اقتصر على القول الأوّل ثمّ على مقتضى هذا البيت المصلح لكان كافيًا ا هـ.

فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن من الزوجات من النفقة وما يلحق بها

إسكان مدخول بها إلى انقضا	عدّتها من الطّلاق مقتضى
وذات حمل زيدت الإنفاقا	لوضعها والكسوة اتّفاقا
وما لها إن مات حمل من بقا	واستثن سكنى إن يمت من طلّقا
وفي الوفاة تجب السّكنى فقد	في داره أو ما كراءه نقد
وخمسة الأعوام أقصى الحمل	وستّة الأشهر في الأقلّ

(ذكر في هذه الأبيات) ما يجب للمطلّقة من نفقة، وكسوة ولها وللمتوفّى عنها من السكنى ومدّة الحمل، يعني أنّ من طلّق زوجته طلاقًا بائنًا فإنّ لها عليه الإسكان إلى انقضاء عدّتها، فتبقى في مسكنها الّذي كانت تسكن فيه قبل طلاقها حتّى تنقضي عدّتها، فإن كانت حاملاً فلها مع السّكنى النّفقة، والكسوة إلى أن تضع حملها. فإن مات الحمل، أو وضعته ميتًا، أو حيًّا، ثمّ مات سقط جميع ذلك فتسقط النّفقة والكسوة بموت الحمل لأنّهما له في الحقيقة وتسقط السّكنى لخروجها من العدّة بوضع حملها، وعلى ذلك نبّه بقوله: إسكان مدخول بها إلى انقضا إلى قوله وما لها إن مات حمل من بقا «فما» نافيةٌ وضمير «لها» للمذكورات من السكنى والنّفقة والكسوة. قوله: واستثن سكنى إن يمت من طلّقا يعني: أنّ من طلّق زوجته وأسكنها ثمّ مات في عدّتها فإنّ سكناها لا تسقط بموته بل تستمرّ إلى انقضاء عدّتها من الطّلاق، ولا تنتقل لعدّة الوفاة؛ لأنّ الفرض أنّ الطّلاق بائنٌ. ولّما ذكر أنّ موت الحمل يسقط السّكنى أمر باستثناء، أي بإخراج السّكنى إن مات المطلّق وأنّ موته لا يسقطها وإلى هذا الفرع أشار الشّيخ خليلٌ بقوله: واستمرّ إن مات على ما قرّره عليه الشّيخ ابن غازيٍّ رحمه الله تعالى من أنّ المراد واستمرّ المسكن للمطلّقة إلى انقضاء عدّتها إن مات المطلّق في العدّة قال في النّوادر من كتاب ابن الموّاز: قال مالكٌ: وللمبتوتة السّكنى على زوجها في العدّة ويحبس في ذلك ويباع عليه ما له، أو يستيقن أن لا شيء له؛ فيكون ذلك عليها. ولا تخرج وفيها أيضًا من الكتاب المذكور قال مالكٌ في المبتوتة: لا

فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن من النفقة وما يلحق بها

(ص): إسكان مدخول بها إلى انقضا. إلى آخر الأبيات التسعة. قوله: **(ذكر في هذه الأبيات إلخ)** كلامه حسن في هذه المسائل.

نفقة لها إلاّ أن تكون حاملاً وفيها أيضًا قال محمّدٌ وإن طلبت الكسوة فذلك لها وينظر إلى قدر ما بقي من مدّة الحمل فتعطى بقدر ذلك من الكسوة ثمنًا، قاله مالكٌ، وقال مالكٌ والكسوة، والدّرع، والخمار، والإزار وليس الجبّة عندنا من الكسوة قال ابن القاسم: ونحن نقضي هاهنا بالجبّة، وهذه المسألة كلّها من العتبيّة من سماع ابن القاسم، وفي النّوادر وإذا طلّق ثلاثًا في مرضه وهي بيّنة الحمل فالنّفقة في رأس ماله وكذلك في الخلع والمبارأة وكذلك إن كان ذلك في صحّة ثمّ مرض فإذا مات انقطعت النّفقة عنها قال فضل بن سلمة: هذا خلاف ما قال في طلاق السّنّة أنّ السّكنى قد وجبت عند الطّلاق فلا يقطع الموت ما قد وجب ا هـ. وعلى عدم انقطاع السّكنى بموت المطلّق اعتمد النّاظم في قوله: واستثن سكنى إن يمت من طلّقا وقوله: وفي الوفاة تجب السّكنى فقد البيت (يعني: أنّ المرأة إذا مات عنها زوجها ولم تكن حاملاً) فإنّها تجب لها السّكنى إن كانت الدّار مملوكةً للميّت،

وقوله في المتوفى عنها: **(يعني أن المرأة إذا مات عنها زوجها ولم تكن حاملاً إلخ)** هذه المسائل قال فيها في المختصر ما نصه: وللمعتدة المطلقة أو المحبوسة بسببه في حياته السكنى، وللمتوفى عنها إن دخل بها والمسكن له أو نقد كراءه لا بلا نقد وهل مطلقًا أو إلاَّ الوجيبة؟ تأويلان، ولا إن لم يدخل إلاَّ أن يسكنها لا ليكفلها. فقوله: وللمعتدة المطلقة ظاهره طلقها ثلاثًا أو أقل بائنة كانت أو رجعية بخلع أو لا حاملاً أو حائلاً وهو كذلك، مع أن المطلوب هو غير الرجعية إذ هي كالزوجة كما في قول المختصر، والرجعية كالزوجة والبائن في سكناها خلاف فهي المقصودة. قوله: وللمعتدة احترز من المطلقة قبل البناء فإنها لا عدة عليها والسكنى تابعة للعدة وبذلك تدخل المفسوخ نكاحها ولو المجمع عليه، لأن الناشيء عن ذلك عدة على المذهب كدخوله بها في نكاح مجمع على فساده فهي داخلة في قوله وللمعتدة، ويدخل أيضًا السكنى لإسلام أحد الزوجين الكافرين بعد البناء، وكذا في اللعان والمغلوط بها والمزنى بها حيث لم تعلم، والمغصوبة إذا وطئها الغاصب، وكذا عتق أم الولد. وقوله والمحبوسة بسببه إلخ يدخل فيه بعض ما تقدم مما فيه شبهة فهو عدة كتزوجه بأخته غير عالم وما أشبه ذلك، ويدخل في قوله المحبوسة إلخ ما فسخ قبل البناء فلا عدة فيه ولا استبراء كما لا يخفى. وقوله: في حياته السكنى وحاصله المطلقة تجب لها السكنى مطلقًا حيث تكون مدخولاً بها مات زوجها بعد ذلك أم لا، ولا يكون الطلاق إلاَّ في حياته والرجعية كزوجة كما تقدم، فإذا مات زوجها فهي كمن لم تطلق، وأما الفسخ لنكاح المرأة فإن مات ثم فسخ بعد موته فتستمر السكنى، وإن لم يطلع على ذلك إلاَّ بعد موت الرجل الذي الحبس من أجله، فكلام الحطاب فيه السكنى، وكلام الشارح يدل على خلافه، وعلى كلام الشارح قرّر غير واحد، ولكن انظر عند قول المتن: واستمر إن مات ولا بدّ ولا بدّ وبه تعلم ما يتعلق به قوله في حياته السكنى. وقوله وللمتوفى عنها إلخ أي ولو أحاط الدين بماله كما يدل عليه ظاهره وهو كذلك. وقوله: والمسكن أي ومات وهي فيه وإلاَّ فلا سكنى وملكه أو نقد كراءه وهو قوله: والمسكن له أو فقد كراءه وإن لم يكن أحد الأمرين فلا سكنى لها ولا يلزم ذلك الورثة ولو ترك الميت الزوج مالاً. وقوله: والمسكن كأن الألف واللام خلف عن الضمير أي ومسكنها له

أو قد نقد كـراءها، ولا تجب لها نفقةٌ ولا كسـوةٌ وعلى ذلك نبّه بقوله: فقـد أي فحسب. قال في النّوادر من كتاب ابن الموّاز: قـالَ مالكٌ: ومن مات وله زوجةٌ وهو في دار هي له، أو نقد كـراءها فلها السّكنى، وإن أحاط به الدّين وفي ابن الحـاجب وإن كان مكترًى غـير منقودٍ ففي المدوّنة لم تكن أحقّ، فتخرج إلاّ أن يكريها الورثة كراء مثلها. التّوضيح: ظاهر قـولهِ في المدوّنة ولم ينقـد الزّوج الكراء لا سـكنى لهـا أنّه لا فـرق في ذلك بين أن يكون الكراء مشاهرةً، أو وجيبةً، أي في مدّة معيّنة. وعلى هذا الظّاهر حمله الباجيّ وغيره. وفي النّكت عن بعض الـقرويّين أنّه حـملَ المدوّنةَ على المـشاهرة، وأمّـا الوجـيـبة فـإنّهـا أحقّ بالسّكنى، سواءٌ نقد أو لا ا هـ. وقوله:

(وخـمسـة الأعـوام) أقصى الحـمل وسـتّـة الأشـهـر فـي الأقلّ

لمّا ذكر أنّ المطلّقة إذا كانت حاملاً تجب لهـا النّفقة والكسوة والسّكنى، تشوّفت النّفس واحتاجت إلى معرفة مدّة الحمل، ولمّا كانت تختلف بالطّول والقِصر احتيج إلى معرفة أقلّها

والإضافة تقع بأدنى سبب، وانظر قول ابن عرفة وفي وجوبها بالوفاة ثالثها إن كان مسكنها له ولو بعارية أو حـبس إلخ، وكذا عبّر غيـر واحد بتعبيـره، وكان الحبس والعـارية أحرى من الكراء في الجملة فلذلك تركهما المصنف. وقوله: لا بلا نقد إلخ حاصله إن كان الكراء مشاهرة ولا نقد فلا سكنى في المكترى للمرأة وفي الوجيبة خلاف قـوي عبد الحق ومن وافقه يقول: هي أحق بخلاف غيره، ومن تأمل ما نقلناه علم أن الراجح هو كلام عبد الحق، وبه تعرف ما في الحطاب ومن تبعه كالفـيشي، ولعلهم لم يقفوا على نقـول نقلناها في الشرح، وكلام التـحفة ظاهر فيـما رمناه لأنه اقتصر على نقد الكراء والاعتراض منتف على المصنف لأن المسألة وقع فيها تردّد وكلام، والحاصل هذه جملة وافرة أفدناك بها من الشرح وإن ارتابت نفسك فانظره والله الموفق، وانظر أيضًا الحاشية فهي في هذا حسنة إن تأملت ما فيها، وما ذكرناه في المغصوبة والمزني بها بلا علم ذكره أبو الحسن وغيره، ولكن انظر عند قول المصنف في العدة: ووجب إن وطئت بزنا إلى آخره.

قوله: **(وخمسة الأعوام إلخ)** المختصر قال فيه صاحبه وإن أتت بعدها بولد لدون أقصى أمد الحـمل لحق إلاّ أن ينفـيه بلعـان وتربصت إن ارتابت به، وهـل خمـسًا أو أربعًا خـلاف؟ إلخ. وصاحب التحفة اقتصر على الخـمس لأنه هو الذي به العمل كما نقلناه في الشرح، وكان من حق من شرح النـظم أن يبين مع أن القول بالأربع قـوي مرجح ولذلك قـال في المختصـر: وفيـها لو تزوجت قبل الخمس ولم يقل قبل الأربع، وقول المختصر بعدها أي العدة كانت من طلاق أو وفاة كانت المرأة حرة أو أمة أقـرّت بانقضاء عدتها أو لا، وقوله: لدون إلخ ظاهره ولـو قبل تمامه بيوم وهو كذلك على ظاهر كـلام الناس، وبدليل أن ما زاده عليه لا يلحق فـيه الولد ولو قلت الزيادة كما في كلام ابن فتحون، وقوله: إلاّ أن ينفـيه بلعان أي الزوج الحي كما لا يخفى بأدنى التفات، وهذا إن لم تتزوج، وإلاّ فـفي ذلك تفصيل قـدمناه صدر النكاح بل هو في مـواضع من الشرح.

وأكثرها، فأخبر أنّ أقلّها ستّة أشهرٍ وأكثرها خمسة أعوامٍ، أمّا كون أقلّها ستّة أشهرٍ فقوله تعالى: **﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرًا﴾** [الأحقاف:١٥] وقال في الآية الأخرى: **﴿والوالدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين﴾** [البقرة:٢٣٣]. وقال أيضًا: **﴿وفصاله في عامين﴾** [لقمان:١٤] فالآية الأولى أعلمت أنّ مدّة الحمل والرّضاع معًا ثلاثون شهرًا فإذا انقضت الثّلاثون كمل الحمل، وحصل الفصال وهو الفطام، والثّانية، والثّالثة أعلمتا أنّ مدّة الرّضاع وحده حولان كاملان، وإذا كانت مدّة الرّضاع وحده حولين كاملين، فمدّة الحمل ستّة أشهرٍ إذ هي الباقية بعد حطّ زمن الرّضاع من الثّلاثين شهرًا المقدّرة لمجموعهما قال في المقصد المحمود: وأقلّ مدّة الحمل ستّة أشهرٍ لقوله تعالى: **﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرًا﴾** [الأحقاف:١٥] وقال: **﴿وفصاله في عامين﴾** [لقمان:١٤] فتبقى مدّة الحمل ستّة أشهرٍ ا هـ.
وأمّا كون أكثر الحمل خمسة أعوامٍ فاعلم أنّ المعتدّة من وفاة، أو طلاقٍ إذا حصلت لها ريبةٌ وشكٌّ في كونها حاملاً أو لا فإنْ كان سبب الرّيبة تأخّر الحيض عن وقته تربّصت تسعة أشهرٍ استبراءً، ثمّ ثلاثة أشهرٍ عدّةً هذا إن تأخّر لغير سبب. أمّا إن تأخّر لسببٍ كالرّضاع والمرض فإنّها تنتظر الأقراء على المشهور وقيل تحلّ بمضيّ السّنة، وإن كان سبب الرّيبة حسّ البطن فقال ابن الحاجب: والمرتابة بحسّ البطن لا تنكح إلاّ بعد أقصى أمد الوضع وهو خمسة أعوامٍ على المشهور وروي أربعةٌ وروي سبعةٌ وقال أشهب: لا تحلّ أبدًا حتّى يتبيّن أي براءتها من الحمل. قال الحطّاب في شرح قوله وتربّصت أي إن ارتابت به وهل خمسًا أو أربعًا خلافٌ، يعني فإذا مضت الخمسة أو الأربعة على القولين حلّت ولو بقيت الرّيبة قال في المدوّنة: ولا تنكح مسترابة البطن إلاّ بعد زوال الرّيبة، أو بعد خمس سنين ا هـ. قال أبو الحسن: وإن قالت أنا باقيةٌ على ريبتي؛ لأنّ الخمس سنين أمد ما ينتهي إليه الحمل ا هـ. قال ابن عبد السّلام وسواءٌ كان ذلك في عدّة الطّلاق أو في عدّة الوفاة ا هـ. وهذا إذا كانت الرّيبة هل حركة ما في بطنها حركة ولد أو حركة ريحٍ وأمّا إن تحقّق وجود ولد فلا تحلّ أبدًا، قاله اللّخميّ ونقله ابن عرفة، ولفظه الخامسة يعني من المعتدّات: المرتابةُ في الحمل بحسّ بطنٍ عدّتها بوضعه، أو مضيّ أقصى أمد الحمل مع عدم تحقّقه، ثمّ قال اللّخميّ: إن تحقّق حملها والشّكّ لطول المدّة لم تحلّ أبدًا ا هـ. فمفهوم قول ابن عرفة مع عدم تحقّقه إلخ مع ما نقله عن اللّخميّ يدلّ على ما قيّد به كلام المصنّف والله أعلم. فرعٌ: فإن مات الولد في بطنها فلا تحلّ إلاّ بخروجه. ا هـ. كلام الحطّاب.

وحال ذات طلقةٍ رجعيّةْ ... في عدّةٍ كحالة الزّوجيّةْ
من واجبٍ عليه كالإنفاق ... إلاّ في الاستمتاع بالإطلاق

وقوله: وتربصت إن ارتابت به أي والمسألة بحالها أن العدة تمّت، والمراد بالارتياب هنا هو بحس البطن وغيره كما تقدم إلخ.

يعني: أنّ المطلّقة طلاقًا رجعيًا حالها مع زوجها في زمن العدّة كحال الزّوجة غير المطلّقة من وجوب النّفقة لها وثبوت الميراث بينهما وارتداف الطّلاق عليها وانعقاد الظّهار ولزوم الإيلاء وغير ذلك من أحكام الزّوجيّة ما عدا الاستمتاع فلا يجوز له بوطء ولا مقدّماته، بل حتّى بالنّظر على وجه التّلذّذ، وعلى ذلك نبّه بالإطلاق قال المتيطيّ: تجب النّفقة لكلّ مطلّقة مدخول بها أيّام عدّتها إذا لم يكن طلاقها بائنًا وكان الزّوج يملك ارتجاعها فيه سواءٌ أوقعهُ الزّوج أو الزّوجة أو أوقعه السّلطان بالإيلاء أو عدم النّفقة إذا أيسر في العدّة، وفي الجواهر هي محرّمة الوطء على المشهور (وقال أبو حنيفة: مباحة الوطء) لقوله تعالى: ﴿وبعولتهنّ أحقّ بردّهنّ﴾ [البقرة:٢٢٨] والبعل من له الوطء؛ ولأنّه من أحكام العقد؛ فيثبت قياسًا على النّفقة والميراث وجوابه أنّ لفظ الرّدّ يقتضي الخروج عن الزّوجيّة. اهـ وفهم من قوله في عدّة أنّها بعد انقضاء العدّة ليست كالزّوجة لأنّها بانت بانقضاء عدّتها والله أعلم.

وحيث لا عدّة للمطلّقة فليس من سكنى ولا من نفقهْ
وليس للرّضيع سكنى بالقضا على أبيه والرّضاع ما انقضى

أفاد بالبيت الأوّل أنّ المطلّقة الّتي لا عدّة عليها وهي الّتي طلقت قبل البناء لا تجب لها سكنى ولا نفقةٌ؛ لأنّهما إنّما يجبان للمطلّقة في زمن العدّة. والفرض أنّه لا عدّة عليها وقد بانت منه وجاز لها أن تتزوّج غيره في الحين فلا معنى لوجوب شيء لها من توابع النّكاح على الزّوج وقد انفصلت العصمة بينهما وأفاد بالبيت الثّاني أنّ من طلّق امرأته وله معها ولدٌ رضيعٌ فإنّما لها على الزّوج نفقة ولده لا كراء مسكنه ما دام في زمن الرّضاع قال في المدونة: إذا لزمت الجارية العدّة لمكان الخلوة بها لزم الزّوج السّكنى ولو خلا بها في بيت أهلها، ثمّ طلّقها واتّفقا على عدم المسيس، فعليها العدّة ولا سكنى لها ولو قالت جامعني وهو ينكر، فالقول قوله ولا سكنى عليه، فإن كانت صغيرةً لا يجامع مثلها ودخل بها وطلّقها ألبتّة فلا سكنى لها؛ لأنّها لا عدّة عليها باختصار والحاصل أنّه كلّما انتفت العدّة انتفى لازمها من السّكنى والنّفقة، وإذا وجبت العدّة فقد ثبتت النّفقة والسّكنى كما إذا كانت المطلّقة حاملاً وقد ينتفيان كما إذا خلا بها في بيت أهلها وادّعت المسيس وأنكره، فالقول قوله وعليها العدّة لمكان الخلوة، ولا نفقة لها؛ لأنّها بائنٌ غير حاملٍ ولا سكنى على الزّوج؛ لأنّها على زعمه مطلّقةٌ قبل البناء والله أعلم. (وفي طرر ابن عاتٍ) ولا سكنى

قوله: (وقال أبو حنيفة: مباحة الوطء) في نهاية الحفيد محتجًا لأبي حنيفة بالمولي منها والمظاهر منها، ولكن الفرق أن الطلاق الرجعي أذهب ثلث العصمة، والكلام في ذلك طويل فانظره في الشرح إن شئت.

قوله: (قال ابن عات) حسن فقهًا وتعليلاً.

للرّضيع على أبيه مدّة الرّضاع حتّى يخرج من الرّضاع وحينئذ يكون عليه السّكنى، كذلك رأيت في بعض الكتب يريد أنّ مسكن الرّضيع مدّة الرّضاع إنّما هو في حجر الأمّ في الغالب. ا هـ. وجملة والرّضاع ما انقضى حاليّةٌ، وما نافيةٌ.

ومرضعٌ ليس بذي مالٍ على والده ما يستحقّ جعلا
ومع طلاقٍ أجرة الإرضاع إلى تمام مدّة الرّضاع
وبعدها يبقى الّذي يختصّ به حتّى يرى سقوطه بموجبه
وإن تكن مع ذاك ذات حمل زيدت لها نفقةٌ بالعدل
بعد ثبوته وحيث بالقضا تؤخذ وانفشّ فمنها تقتضى
وإن يكن دفعٌ بلا سلطان ففي رجوعه به قولان
ومن له مالٌ ففيه الفرض حق وعن أبٍ يسقط كلّ ما استحقّ

تكلّم في الأبيات على بعض مسائل الإرضاع ولم يتقنها (ولا استوفى الأكيد منها) فلا بدّ من ذكر جملةٍ صالحةٍ من ذلك، (وأحسن ما وقفت عليه) الآن بتقريبِ قول ابن سلمونٍ

(ص): ومرضع ليس بذي مال على. والده ما يستحق جعلا. إلى آخر الأبيات السبعة.
قوله: **(ولا استوفى الأكيد منها إلخ)** هذا كلام صحيح، فإن صاحب هذا النظم يذكر من المسألة المتشعبة ذات الفروع شيئًا وترك أشياء فيتشوش البال، وربما يغتر من لم يطالع الفقه أن ما ذكره تمام الشروط وذلك ليس كذلك، ويترك المسألة بلا ذكر لها أصلاً أحسن من ذكر بعضها فقط. وذلك البعض في نفسه غير تام وذلك فيه كثير، ولذلك نفعل في هذه الحاشية ما رأيته من جلب الفقه بقيوده لئلا يغتر بما يذكره هذا الناظم من غير تام. قوله: **(وأحسن ما وقفت عليه)** ربما يكون قول المختصر أتم من كلام ابن سلمون حيث قال: وعلى الأم المتزوجة والرجعية رضاع ولدها بلا أجر إلاّ لعلو قدر كالبائن إلاّ أن لا يقبل الولد غيرها أو يعدم الأب أو يموت ولا مال للصبي واستأجرت إن لم يكن لها لبان ولها إن قبل أجرة المثل، ولو وجد من ترضعه عندها مجانًا على الأرجح في التأويل اهـ. فقوله: وعلى الأم المتزوجة والرجعية ذكره في الرجعية هو المذهب وغير مخالف له. وقوله: بلا أجر ظاهره ولو قبل غيرها والأب موسر والولد له مال وهو كذلك. وقوله: إلاّ لعلو قدر أي فلا يلزمها سواء كانت زوجة أو رجعية، فلو رضيت بالإرضاع فلها أجرة مثلها حيث يوجد المال للأب أو الولد كما ترى دليله. وقوله: لعلو قدر عبارة كثيرة إلاّ الشريفة ومثل عالية القدر من لا لبن لها المرض حدث أو قلّ لبنها أصالة فلا تستأجر لإرضاعه وهي غير بائن، وأما البائن فلا إشكال في عدم لزومها ذلك لأنها كالشريفة، وقولنا فيمن ذكر لا تستأجر هو مطلق كان مال الأب أو الولد أو لم يكن، لأن قول المتن رضاع ولده أي مباشرة لا الاستئجار

ويلزم الأمّ رضاع ابنهـا إلاّ أن تكون مريضـةً، أو غير ذات لبن، أو شـريفة القدر مـثلها لا يرضع فيكون على الأب أن يأتي له بمن يرضـعه، فإن طلّقها الأب، فإنّه يؤدّي إليـها أجرة الإرضاع على قـدر حاله في اليسـر والعسر، فـإن لم ترض بما فرض لها كـان للأب أخذه ويدفعه لمن يرضعه، فـإن لم يقبل غيرها أو كان الأب معسراً لا يقـدر على أجرة كان عليها إرضاعـه باطلاً أو بما يقدر عليـه. وإن كان مـوسراً أو وجـد من يرضعه بـأقلّ من الأجرة المفروضة عليه، فهل له أخذه أم لا؟ في ذلك قـولان: وإن مات الأب، فإنّها ترضعه بأجرة تأخذها من مال الطّفل، فـإن لم يكن له مالٌ لزمها إرضاعـه باطلاً، وإن أبت الأمّ إرضاعه

لأن ذلك من باب الإنفاق ولا نفـقة على الأم، والاستـئجار الذي يجب على من ذكر حيـث فقد المال من جهة الأب والولد إنما هو لخوف هلاك الصـبي لا أنه من باب النفقة وقدمت الأم في هذا لقربها ولكونهـا لها الحاضنة، وهذا يجب حتى على الشريفة، إذ الأمـهات لا فرق بينهن من هذه الجهة. وقوله: إلاَّ أن لا يقبل الولد غيرها هو راجع للشريفة والبائن أي فيلزمهما الرضاع مباشرة. وقوله: أو يعـدم الأب أو يموت ولا مال للصبي أي فـيجب عليهـما الرضاع ولا أجر لهـما إذ لا مال. وقوله: أو يموت الأب أي عديمًا وقـولنا فعليهما إرضاع أي مبـاشرة أو بأجر من عندهما إن قبل غيرهما كـما لا يخفى، وليس هذا في الزوجة والرجعية لأنه تقدم أن الـرضاع واجب عليهما مع وجود المال فكيف بعدمه؟ ولهما أيضًا حيث يجب عليهمـا الرضاع مباشرته أو الاستئجار عليه حيث يقـبل الولد غيرهمـا والاستئجـار من عقدهمـا في هذا ولو كان المال موجـودًا لأن الرضاع واجب عليهما مطلقًا حيث يكون لهما لبان وقد وفرتا أنفسهما من مباشرة الرضاع الواجب عليهما بالأصالة. وقوله: واستأجرت إن لم يكن لها لبـان أي والحالة أنه لا مال وهذا تدخل فيه الشريفة والبائن والـزوجة والرجعـية إذ هذا الاسـتئـجار لعدم المال، فـلا فرق فـيه بين أم وأب. فـقوله: واستأجرت أي الأم وتقدم بعض هذا وتحصل أن الزوجة والرجعية اللتين لهما اللبن الرضاع واجب عليهما في كل حال من الأحوال بأنفسهما مباشرة أو بأجر حيث لا يقبل غيرهما، وإن كان لا لبن لهما فـلا استئجار عليهـما مع المال وعليهما في عـدمه، وأن الشريفة والبائن إنما عليهـما الرضاع مباشرة حيث لا يقبل غيرهما أو في حـال عدم المال، وما تقدم ذكره من المال تقدم في الصيام من يقدم ماله هل الأب أو الابن وهو قوله: كحامل ومرضع لم يمكنهما اسـتئجار أو غيره خافتا على ولديهما والأجرة في مال الولد، ثم هل مـال الأب أو مالها تأويلان، وإنما قدم مال الولد لأن هذا من باب النفقـة وهي في مال الولد حيث يكون مليًا كـما لا يخفى وهو في شرح المـتن وغيرها، واستعن بكلام المتن وشرحه في كتاب الإجـارة وهو قوله: واسترضاع إلى قوله: ومنع زوج إلخ. وقوله: ولها أجرة مثلهـا يفهم منه أن المال موجود وإلاَّ فهو ما تقدم. وقوله: أجـر مثلها فيمن لا يلزمهـا الرضاع وهي الشريفة والبـائن. وقوله: ولو وجد إلخ النسـخة الحسنة هي عندها بضمـير المؤنث كما عند ابن غازي ومن اتبـعه، وبتأمل هذا تعلم كمن بين مسألة المتن مـشروحًا وبين كلام ابن سلمون، ولكن لا بدّ من الوقوف على الشرح فإن فيه كلامًا طويلاً مشتملاً على تحقيق إن شاء الله تعالى.

باطلاً، فأرادت دفعه إليه فإنّه لا يؤمر بأخذه حتّى يجد من يرضعه. ا هـ. قوله ومرضعٌ ليس البيت مرضعٌ بفتح الضّاد اسم مفعول، يعني أنّ الولد المرضع الّذي لا مال له، فإنّ ما يحتاج إليه من أجرة الرّضاع وغيرها على أبيه، وهذا إذا كانت أمّه مريضةً، أو لا لبن لها أو عالية القدر مثلها لا يرضع، وأمّا إن لم تكن كذلك، فإنّ الإرضاع يجب عليها كما تقدّم أوّل كلام ابن سلمون. ومفهوم قوله ليس بذي مال أنّه لو كان للولد مالٌ، فإنّ ذلك من ماله، كما صرّح به في قوله ومن له مالٌ ففيه الفَرض حق هذا كلّه إذا كانت المرأة في عصمة أبي الصّبيّ وأمّا إن طلّقها، فإنّ لها أجرة الرّضاع من مال الولد إن كان له مالٌ أو من مال أبيه إن لم يكن له إلى تمام الحولين مدّة الرّضاع، فإن انقضت مدّة الرّضاع فيبقى ما يجب للولد نفسه من نفقة وكسوة حتّى يسقط ذلك عن أبيه إن كان هو الدّافع لذلك لكون الولد لا مال له، وقد تقدّم هذا في قول ابن سلمون فإن طلّقها الأب، فإنّه يؤدّي لها أجرة الإرضاع على قدر حاله في اليسر والعسر. ا هـ. وبالضّرورة أنّه إذا انقضى زمن الإرضاع والولد عند أمّه، فإنّ الأب يطالب بنفقته إلى سقوطها وهو مراده بما يختصّ به أي دون الأمّ وعلى هذا نبّه بقوله ومع طلاقٍ أجرة الإرضاع البيتين وضمير بعدها لمدّة الرّضاع قوله:

وإن تكن مع ذاك ذات حمل زيدت له نفقةٌ بالعدل

بعد ثبوته، يعني وإن كانت المرأة ذات حملٍ مع ذلك، وهو كونها مرضعًا فكانت ترضع ولدًا وببطنها ولدٌ آخر، (فإنّها تستحقّ شيئين): أجرة الإرضاع؛ لأنّها بائنٌ لا يجب عليها الإرضاع، والثّاني نفقة الحمل الّذي في بطنها لقوله تعالى: **﴿وإن كنّ أولات حمل فأنفقوا عليهنّ حتّى يضعن حملهنّ﴾** [الطلاق: ٦]. وإلى ذلك أشار بقوله وإن تكن مع ذاكَ ذات حمل زيدت لها نفقةٌ أي نفقة الحمل على أجرة الرّضاع بعد ثبوت الحمل. قال في العتبيّة من سماع أشهب وابن نافع عن مالك، وسئل عمّن طلّق امرأته حاملاً وهي ترضع: أترى عليه النّفقتين جميعًا كلتيهما نفقة الحمل ونفقة الرّضاع؟ قال: أرى ذلك عليه جميعًا. ا هـ. ودليل ذلك قوله تعالى: **﴿وإن كنّ أولات حملٍ فأنفقوا عليهنّ حتّى يضعن حملهنّ﴾** وقال

قوله: **(فإنها تستحق شيئين إلخ)** هذا هو قول المختصر، وإن كانت مرضعة أي الحامل البائن فلها نفقة الرضاع أيضًا، فقوله أيضًا يدل على أنها حامل إذ لا نفقة للبائن إلاّ مع الحمل، والنفقة إنما هي للحمل والرجعية والزوجة لا نفقة لحملها ولا أجرة لرضاعها على التفصيل الآتي في الرضاع. وقوله: أيضًا منه يفهم أنها إذا كانت حاملاً فقط أن لها أجرة الرضاع بلا خلاف، بخلاف إذا كانت غير حامل ففي ذلك خلاف. وقوله: تجب نفقة الحمل إلخ هذا قول المختصر ولا نفقة بدعواها بل بظهور الحمل وحركته فتجب من أوله، والذي يظهر أن ظهور الحمل كاف في وجوب النفقة بلا شرط التحرّك على ما يظهر من كلام غير واحد، ولكن في ذلك كلام استوفيناه في الشرح.

تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهنّ أجورهنّ﴾ [الطلاق:٦] وليس وجوب نفقة الحمل بالّذي يسقط ما أوجب اللّه لها من أجرة الرّضاع. وفي النّوادر من كتاب ابن الموّاز: وإذا طلّق امرأته وهي حاملٌ مرضعٌ فعليه نفقة الحمل ونفقة الرّضاع جميعًا ا هـ. فإن ادّعت البائن الحمل فلا يقضى لها بالنّفقة حتّى يثبت الحمل فإذا ثبت ودفع نفقته ثمّ انفشّ الحمل وكشف الغيب أن لا حمل ففي رجوعه بنفقته تفصيلٌ، وهو إن دفعها بحكم حاكمٍ رجع بها على الزّوجة وإن دفعها باختياره من غير حكمٍ ففي رجوعه وعدم رجوعه قولان وإلى ذلك أشار بقوله: وحيث بالقضا تؤخذ وانفشّ فمنها تقتضى وإن يكن دفعٌ بلا سلطان ففي رجوعه به قولان ابن الحاجب: وتجب النّفقة بثبوت الحمل بالنّساء التّوضيح: هذا هو المشهور، ولمالكٍ في المبسوط أنّها لا تدفع لها النّفقة إلاّ بعد الوضع لاحتمال أن ينفشّ من غير حملٍ ابن الحاجب: وفي رجوعه ثالثها إن كان بحكمٍ رجع، ورابعها عكسه التّوضيح: وإذا فرّعنا على المشهور وأنفق بظهور الحمل، ثمّ تبيّن أن لا حمل فهل يرجع بالنّفقة أم لا؟ (أربعة أقوال) الرّجوع مطلقًا، وعدم الرّجوع مطلقًا، والثّالث إن دفع لها بحكمٍ رجع عليها؛ لأنّه قد استبان أنّ الأمر على خلاف ما ثبت وإن دفع بغير حكمٍ لم يرجع عليها؛ لأنّه متطوّعٌ والرّابع عكسه ا هـ. باختصارٍ وهذه المسألة من قاعدة الحكم بما ظاهره صوابٌ وباطنه خطأٌ وباطلٌ هل يغلّب حكم الظّاهر فتنفذ الأحكام أو الباطن فتردّ؟ وينبني على ذلك فروعٌ ومن جملتها هذه من دفع نفقة الحمل، ثمّ انفشّ هل يرجع أم لا؟ قوله: ومن له مالٌ ففيه الفرض حقّ البيت يعني أنّ الأولاد إنّما تجب نفقتهم وكسوتهم وأجرة رضاعهم وغير ذلك على أبيهم إن كانوا فقراء ولا مال لهم، وأمّا إن كان لهم مالٌ، فإنّ جميع مؤنتهم من مال أنفسهم وليس على الأب من ذلك شيءٌ قال في المفيد: ولا يلزم الأب نفقة بنيه إن كان لهم مالٌ وقال المتيطيّ: ومن كان من صغار بنيه وأبكار بناته له مالٌ فلا يلزم الأب نفقته وينفق عليه الأب منه عينًا كان أو عروضًا، وقد سئل الأستاذ أبو سعيد بن لبٍّ رحمه الله عن رجلٍ أنفق نفقةً كبيرةً في عرس ابنه، ثمّ طلبه بها فأجاب: لا طلب للأب على ابنه بما كثر من النّفقة في عرسه ودخل في باب السّرف، وإنّما يطلبه بالقدر المعتاد في ذلك ممّا هو داخلٌ في باب الاقتصاد على مقتضى العادة الجارية لمثل الزّوج مع تلك الزّوجة بعد أن يحلف يمينًا باللّه تعالى أنّه إنّما أنفق تلك النّفقة من ماله ليرجع بها على ابنه وهذا إن كان للابن مالٌ وقت الإنفاق، وإلاّ فلا رجوع له بشيء. ا هـ. وما أفتى به ظاهرٌ إن كان الابن صغيرًا وانظر ما الحكم إن كان كبيرًا هل هو كالصّغير أو يرجع عليه كان له مالٌ وقت

قوله: **(أربعة أقوال)** هذا قول المختصر مشبهًا في الردّ ما نصّ كانفشاش الحمل وظاهره الرجوع مطلقًا، وهو الذي اختاره غير واحد ابن المواز وغيره ولذلك اقتصر عليه.

(ص): وكل ما يرجع لافتراض. إلى آخر البيتين.

الإنفاق أو لا؟ وهو ظاهر اشتراطهم في الصّغير أن يكون له مالٌ دون الكبير فيرجع عليه مطلقًا والله أعلم. ثمّ قال:

وكلّ ما يرجع لافتراض موكّلٌ إلى اجتهاد القاضي

بحسب الأقوات والأعيان والسّعر والزّمان والمكان

يعني: أنّ كلّ ما يرجع للفرض والتّقدير من نفقة وكسوة وإسكان وما يلتحق بذلك فإنّه موكولٌ إلى اجتهاد القاضي فيجتهد فيه بحسب جنس القوت وقدره وبحسب عين ما فرض له أو عليه وباعتبار السّعر من رخاء وغلاء وباعتبار الزّمان من شتاء وصيف وباعتبار المكان في عادة أهله، وكذلك الكسوة يلاحظ فيها هذه الاعتبارات والمسكن كذلك ففي مختصر الشّيخ خليل أنّه يجب للزّوجة قوتٌ وإدامٌ وكسوةٌ ومسكنٌ بالعادة (بقدر وسعه وحالها) والبلد والسّعر وإن أكولةً وتزاد المرضع ما تقوى به، إلاّ المريضة وقليلة الأكل فلا يلزم إلاّ ما تأكل على الأصوب. ولا يلزم الحرير وحمل على الإطلاق وعلى المتدينّة لقناعتها فيفرض الماء والزّيت والحطب والملح واللّحم المرّة بعد المرّة، وحصيرٌ وسريرٌ احتيج إليه وأجرة قابلة، وزينةٌ تستضرّ بتركها ككحلٍ ودهنٍ معتادين وحنّاء ومشط وإخدام أهله وإن بكراء ولو بأكثر من واحدة وقضى لها بخادمها إن أحبّت إلاّ لريبةٍ وإلاّ فعليها الخدمة الباطنة من عجنٍ وكنسٍ وفرشٍ بخلاف النّسج والغسل، وفي ابن الحاجب نحوه قال وقدّر مالكٌ المدّ في اليوم وقدّر ابن القاسم ويبتين ونصفًا في الشّهر إلى ثلاثة؛ لأنّ مالكًا بالمدينة وابن القاسم بمصر قال وإن أكل الشّعير أكلته التّوضيح: والمراد بالمدّ هنا المدّ الهاشميّ وهو منسوبٌ إلى هشام بن إسماعيل المخزوميّ وكان أميرًا بالمدينة في خلافة هشام بن عبد الملك

قوله: **(بقدر وسعه وحالها)** الحق هو ظاهر هذا الكلام، فالرجل يعتبر فيه اليسر لا القدر والمرأة بالعكس، قف عليه في الشرح، وفي كلام الشارح في كبيره نظر حيث قال ما نصّه: نفقة الزوجة وكسوتها وسكناها مقيد بالعادة، فمتى طلبت الزوجة أمرًا زائدًا على عادة أمثالها أو طلب هو أنقص ممّا جرت به عادة أمثالها فلا يسمع منهما ذلك ويردان للعادة، ولا بدّ أن يكون ذلك مع اعتبار حال الزوج وحال الزوجة، خلافًا لمن قال: المعتبر في النفقة حال الزو وفي السكنى حال الزوجة اهـ. فقوله: مع اعتبار حقّه أن يقول واعتبار حال الزوج باليسر والعسر وحال الزوجة بقدرها هل لها قدر أو لا؟ وهل قدره كثير أو لا؟ إلخ. وما ذكرناه هو الحق وهو ظاهر المختصر وإن كان كلام غير واحد كعبارة الشارح، وانظر أيضًا في الشرح هل الغني يكون به القدر أم لا؟ وكلام كثير في هذا هنا لا يسعنا اختصاره ومداره على اعتبار ما ذكرناه، وحاصل هذا الباب عوائد كل بلد وكل زمن وكل حال من رخص وغلاء وحال البادية والحاضرة والشتاء والصيف ووقت الهناء والشر والوسع والضيق وحال أصناف القوت وما جرى به العرف في كل بلد وزمن ووسع وضيق إلى غير ذلك.

ابن حبيب وغيره: (وفي الويبة) اثنتان وعشرون مدًّا [٨٩] بمدّ النّبيّ ﷺ ا هـ. وفي المدّ الهشاميّ مدٌّ وثلثان بمدّ النّبيّ ﷺ، ثمّ قال ابن الحاجب وأمر الإدام كذلك ولا يفرض مثل العسل والسّمن والحالوم والفاكهة ويفرض الخلّ. ا هـ. وعدم فرض السّمن مقيّدٌ ببلد ليس أكله عرفًا عندهم ثمّ قال وأمر الكسوة كذلك التّوضيح: أي فيعتبر في جنسها وقدر حالها كما في النّفقة ويعتبر أيضًا الزّمان والمكان ممّا يصلح للشّتاء والصّيف من قميص وجبّة وخمار ومقنعة وإزار وشبهه ممّا لا غناء عنه، ومن غطاء ووطاء ووسادة وسرير احتيج إليه لعقارب أو براغيث أو فيران. ا هـ. الجوهريّ المقنعة بالكسر ما تقنّع به المرأة رأسها والقناع أوسع من المقنعة ا هـ. ثمّ قال ابن الحاجب: والأصل أنّ ما هو محتاجٌ إليه يفرض، وما هو زيادةٌ في معنى السّرف لا يفرض وما هو من التّوسّع بالنّسبة إليها ولكنّه عادتها قولان. ا هـ. وقوله بالنّسبة إليها، أي وأمّا بالنّسبة لغيرها فمتأكّدٌ ومع ذلك هو عادتها هذا محلّ القولين ثمّ قال ابن الحاجب قال عبد الملك: ولا يلزمه ما هو من شورتها الّتي هي من صداقها من ملبس وغطاء ووطاء وله عليها الاستمتاع معها به. ا هـ. قال مقيّده عفا اللّه عنه: قول عبد الملك هذا هو الأصل فيما به الحكم عندنا أنّ الزّوج لا يفرض عليه للزّوجة عند المشاحّة اللّباس والفراش إذا كان الصّداق معتبرًا حتّى تطول المدّة ويغلب على الظّنّ تلاشي شورتها بخلاف ما إذا كان الصّداق قليلاً جدًّا فيفرض ذلك عليه من حينه أو قليلاً لا جدًّا فبعد السّنة ونحوها وفي ابن عرفة وواجبها ما يضرّ بها فقده ولا يضرّه وفيما فوقه معتادًا لمثلها غير سرف لا يضرّه خلافٌ، وفي تعيينه بمقتضي محلّ قابله وعاداته مقالاتٌ، فنصف مأكولها جلّ قوت مثلهما ببلدهما، يفرض لها من الطّعام ما يرى أنّه الشّبع ممّا يقتات أهل بلدهما من البلاد ما لا ينفق أهله شعيرًا بحال غنيّهم ولا فقيرهم ومنها من ذلك عندهم يستخفّ ويستجاز، انظر كلامه إن شئت فقد أطال في ذلك على عادته رحمه الله ونفع به.

قوله: **(وفي الويبة إلخ)** في التنبيهات لعياض الويبة خمسة آصع والأردب بفتح الهمزة أربع ويبات إلخ فانظره مع ما في هذا الشرح، فإن خمسة آصع عشرون مدًّا فقط، والأردب على هذا ثمانون مدًّا، وقد لفقنا أبياتًا في أمور تجري على ألسنة الفقهاء نصها:

فدرهم الكيل لدى المحقق ... وزنه ستة من الدوانق

ضربه إمامنا عبد الملك ... سنة عنه وغيره عنه ترك

وذاك نصف بغلي وطبري ... لفارس والروم فافهم يا جري

ودانق فيه ثمان من شعير ... مع خمسي حبة منه يا خبير

وويبة عشرون مدًّا ذكروا ... أردبهم بنقط باء فسروا

---

(٨٩) المُد: هو المكيال، وقد اختلف الفقهاء في تقديره.

وفي طرر ابن عات عن أحمد بن نصر: وإذا فرض القاضي للمرأة نفقتها (زاد في الرّخاء على ربعين) وينقص في الغلاء المفرط عن ربعين وفي مفيد ابن هشام والنّفقة في الجودة والدّناءة والقلّة والكثرة على قدر شأن الزّوجين ويسارهما، وفي المدّة هل تكون شهراً أو سنةً على قدر يسر الزّوج خاصّةً وأجاز ابن القاسم أن يفرض لسنة، وقال سحنونٌ: لا يفرض لسنة؛ لأنّ الأسواق تحول وأرى أن يوسّع في المدّة إذا كان الزّوج موسراً ولم يؤدّ إلى ضرر فإن كان الزّوج موسراً فالأشهر الثّلاثة والأربعة وإن كان متوسّطًا فالشّهر والشّهران وإن كان ذا صناعة فالشّهر فإن لم يقدر فعلى ما يرى أنّه يستطيع أن يغرمه. ا هـ. وفي مختصر الشّيخ خليل وقدّرت بحاله من يوم أو جمعة أو شهر أو سنة، وفيه أيضًا ويجوز إعطاء الثّمن عمّا لزمه وفي ابن سلمون الحاكم مخيّرٌ بين أن يؤاخذ الزّوج بما يفرض عليه بعينه أو بثمنه وقال بعض المتأخّرين: له أن يعطيها عن جميع لوازمها ثمنًا إلاّ الطّعام ففيه قولان، والقادر بالكسب كالقادر بالمال ولا يجبر على العمل. ا هـ. قال مقيّد هذا الشّرح سمح اللّه له بفضله: وقد وجدت بخطّ بعض الفقهاء المتأخّرين أنّ الّذي فرض بفاس في وقته الطّبيب أبا الفضل قاسم بن محمّد شهّر بالوزير وقد أدركته مات في سنة تسع عشرة وألف أنّه سئل عن مقدار النّفقة في كلّ شهر على المتعارف في ذلك (فأجاب بما نصّه): اعلم حفّظك اللّه أنّ فرض المرء البالغ ذكراً كان أو أنثى ربعان من الدّقيق وربعٌ ونصفٌ من الفحم ورطلٌ ونصفٌ من السّمن ومثله من الخليع والزّبيب والصّابون، في الضّروريّات ثلاثة أرباع الأوقيّة هذا في كلّ شهر لمن يكون مقلاً بحسب ثمن جميع ما ذكر ويزاد عليه ثلاثة أرباع الأوقيّة ويعطى المجتمع في كلّ شهر والعديم يتساوى مع المقلّ في الدّقيق ويخالفه فيما عداه ينقص له من الفحم نصف ربع ومن السّمن نصف رطل وكذلك فيما بعده، والضّروريّات نصف أوقيّة بحسب ذلك مع ما هو معيّنٌ في الضّروريّات ويعطى في كلّ شهر وأمّا أهل البادية فينقص لهم الوقود والصّابون والزّيت، وما عداه يلزمهم ونفقة الأولاد إذا كان الولد من سبعة أعوام يعطى له نصف نفقة أمّه، وإذا كان من خمسة إلى ستّة الثّلث، وإذا كان من عشرة إلى اثني عشر الثّلثان والرّضيع أوقيّةٌ في الشّهر، والحاضنة ثمن الأوقيّة في الشّهر، وإذا كانت السّنون متعدّدةً ولم يعلم العام الغالي من الرّاخي يتوخّى الصّلاح والسّداد ويجتهد، واللّه الموفّق. والمفروض أربعةٌ غنيٌّ ومتوسّطٌ ومقلٌّ وعديمٌ ففرض عامّة النّاس عندنا رفيعًا أو وضيعًا فرض الاستغلال ولو كان تاجراً، إلاّ إذا ثبت عدمه فيفرض له فرض العديم، وأمّا الغنيّ والمتوسّط فليس بمحدود ولذلك لم أبيّن لك فرضهما وأمّا خدمة النّساء في البادية فلا يفرض لهنّ شيءٌ إلاّ إذا كانت أجيرةً لأجنبيٍّ فيفرض لها أجرة أمثالها وفي الحضانة ربع الأوقيّة للرّأس بزيادة ثمن الأوقيّة على أهل الحاضرة والسّلام.

قوله: **(زاد في الرخاء على ربعين إلخ)** المذهب في الكسوة والنفقة لا تحديد ذلك بالاعتبارات المتقدمة، ولذلك لم نكثر الكلام هنا لأن المدار على العرف والأعراف تختلف غاية.

قوله: **(فأجاب إلخ)** هذا كله تقريب والمذهب هو اتباع الأعراف.

فصل في الطلاق بالإعسار بالنفقة وما يلحق بها

الزّوج إن عـجـز عن إنفـاق لأجلٍ شهـرين ذو استحـقـاق
بعـدهـمـا الطّلاق لا من فـعله وعـاجـزٌ عن كسـوةٍ كمثله
ولاجتـهـاد الحـاكمين يجـعل في العـجـز عن هذا وهذا الأجل
وذاك من بعـد ثبـوت مـا يجب كمثل عصمةٍ وحال من طلب

يعني أنّ الزّوج إذا عجز عن النّفقة، يعني أو الكسوة بقوله في البيت الثّاني يضرب له أجل شهرين، أو ما يراه الحاكم كما يقوله في البيت الثّالث فإذا انقضى الأجل المضروب ولم يجد ما عجز عنه فإنّ القاضي يطلّق عليه ولذلك قال: إنّ الطّلاق ليس من فعل الزّوج

فصل في الطلاق بالإعسار بالنفقة وما يلحق بها

الزوج إن عجز عن إنفاق إلى آخر الأبيات الأربعة. قال في المختصر في هذه الأمور ما نصّه: ولها الفسخ إن عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية وإن عبدين لا إن علمت فقره أو أنه من السؤال، إلا أن يتركه أو يشتهر بالعطاء وينقطع فيأمره الحاكم إن لم يثبت عسره بالنفقة أو الكسوة أو الطلاق وإلاّ تلوم بالاجتهاد، وزيد إن مرض أو سجن ثم طلق عليه وإن غائبًا أو وجد ما يمسك الحياة لا إن قدر على القوت وما يواري العورة وإن غنية اهـ. فقوله: ولها الفسخ هذه عبارة الغزالي وتبعه على ذلك ابن شاس وابن الحاجب والمصنف في التوضيح، ولعل الغزالي عبر بالفسخ لأجل. وقوله: ولها الفسخ هذا مذهب مالك والشافعي، وذهب أبو حنيفة والحسن وعطاء إلى عدم الفسخ بالعسر عن النفقة محتجين بإنظار المعسر وقياسًا على الزمن الماضي وبأن أم الولد لا تخرج عن الملك بذلك، انظر ردّ هذا عنهم في الشرح. وقوله: ولها الفسخ أي ولها البقاء لأن هذا من حقوقها وظاهره أن الخيار لها تستقل به ولو كانت صغيرة أو سفيهة وانظر الأمة. وقوله: حاضرة لا مستقبلة وما قاله الأجهوري لا يتبع فيه وكذا من تبعه في هذا انظر الشرح. وقوله ماضية لأنها صارت دينًا وعوض النفقة الذي هو الاستمتاع استوفاه كما إذا دخل ثم عجز عن الصداق بخلاف ما حضر من الاستمتاع فإنها لها قبض عوضها حتى تستوفي ثمنها. وقوله: لا إن علمت فقره أي عند العقد لأنه عيب والمصنف جعل علمها فقره لا تطلق به، وتأمل كلام ابن عرفة عن ابن رشد في الشرح فإنه ربما يقتضي أن العلم بالفقر مسقط للنفقة لا أنها واجبة لا يطلق عليه بعدمها كما يقتضيه كلام المصنف. وقوله: إن عبدين إنما غيا بهذا لأن الخلاف قوي هل النفقة على العبد في هذا؟ وهذا كلام يدل على أن نفقة الأمة على زوجها العبد وهو الراجح. وقوله: أو أنه من السؤال إلخ إنما كان هذا لأنها دخلت على سؤاله، فإذا تركه فلم يبق ما دخلت عليه وقد استظهر هذا الذي في المتن. وقوله: إن يشتهر إلخ ظاهر وما ذكره الشارح لا ينهض وبيّنا ذلك في الشرح. وقوله: فيأمره الحاكم أي بعد إثبات الزوجية أو بعد تصادق الطارئين.

يعني بل من فعل الحاكم. وهذا إذا امتنع الزّوج من التّطليق فإنّ الحاكم حينئذ يطلّق عليه وقيل يأمرها به فتوقعه، وأمّا ابتداءً فالزّوج هو المأمور بالتّطليق قوله ولاجتهاد الحكمين، البيت يعني أنّ تعيين مدّة الأجل المضروب في العجز عن الإنفاق أو الكسوة موكولٌ إلى اجتهاد الحكمين ونظرهما فيقدّر أنّه بحسب ما يظهر لهما في كلّ نازلة نازلة فقول هذا الأوّل إشارةٌ إلى الإنفاق، والثّاني إشارةٌ إلى الكسوة، وذكره باعتبار اللّباس وأفاد بهذا البيت أنّ التّحديد بالشّهرين المذكورين في البيت الأوّل ليس لازمًا لا يعدل عنه بل هو من جملة الآجال الّتي هي موكولةٌ إلى اجتهاد القضاة فيقدّرونها بما ظهر كما قال النّاظم أوّل الكتاب:

ولاجتهاد الحاكم الآجال موكولةٌ حيث لها استعمال

وقوله: وذاك من بعد ثبوت ما يجب البيت يعني أنّ ما ذكر من التّطليق على المعسر بالنّفقة إنّما هو بعد ثبوت موجبه من العصمة وإعسار الزّوج وعليه نبه بقوله: وحال من طلب فإذا ثبت ذلك طلّق عليه لكن بعد تلوّم بقدر اجتهاد القاضي، وأمّا إن لم يثبت عسره فهو مأمورٌ بأحد أمرين: إمّا النّفقة والكسوة؛ وإمّا الطّلاق وتلوّمٌ بالاجتهاد، فهو كقول الشّيخ خليلٍ فيأمره القاضي وإن لم يثبت عسره بالنّفقة أو الكسوة أو الطّلاق، وإلاّ تلوّم بالاجتهاد، ثمّ طلّق عليه فقوله: وإلاّ أي وإن لم يكن ما ذكره من عدم ثبوت عسره وذلك بأن يثبت عسره فلا يؤمر حينئذ إلا بالطّلاق، إذ لا فائدة في أمره بما يثبت عسره وعجزه عنه فيطلّق عليه لكن بعد تلوّم يراه القاضي كما تقدّم. وفي ابن الحاجب: ويثبت لها حقّ الفسخ بالعجز عن النّفقة الحاضرة لا الماضية حرّين، أو عبدين أو مختلفين ما لم تكن علمت فقره قبل العقد فيأمره الحاكم بالإنفاق، أو الطّلاق فإن أبى طلّق عليه بعد التّلوّم، وروي شهرٌ، وروي شهرين، وروي ثلاثة أيّام والصّحيح يختلف بالرّجاء ا هـ. أي فمن يرجى زوال فقره يتلوّم له أكثر من غيره وقال الشّارح: يسوغ أن يزاد في الآجال في حقّ بعض الأزواج لمن يرجى له الوجد والسّعة ولا يكون على زوجته كبير مضرّةٍ في البقاء معه لانتظار يسرته، كما أنّه ينقص منه لمن يرجى له شيءٌ مع تضرّر زوجته بالإقامة دون القيام بحقّها بحسب اجتهاد القاضي في ذلك في إفراد المسائل، وإنّما التّأجيل بالشّهرين تقريرٌ لما استمرّ عليه العمل من القضاة أكثر ما في حقّ عموم النّاس. ا هـ. ثمّ قال ابن الحاجب وتطلق عليه لعدم القدرة على الكسوة ا هـ. التّوضيح: اللّخميّ، وكذلك لو عجز عن الغطاء والوطء أشهب: ويستأني في الكسوة الشّهرين ونحوهما ا هـ. وفي ابن سلمون: فمن ادّعى العجز عن النّفقة، وكذلك عن القوت وعمّا يواري العورة من الكسوة وادّعى

وقوله: إن لم يثبت عسره أي ببينة أو بإقرارها، ولكن ينبغي أن يقيد هذا الأخير بالرشيدة.
وقوله: وإلاّ تلوم أي إن أثبت عسره والتلوم هو المشهور المعمول به ولذلك مرّ عليه والتلوم باجتهاد الحاكم والاجتهاد باعتبار الرجاء للزوج وصبر المرأة واحتياجها، وربما يدخل في قول المتن

العدم فلا يحبس حتّى تقوم عليه شبهةٌ يظهر بها لدده وعليه إثبات ذلك إن ناكرته الزّوجة، فإذا أثبت ذلك حلف أنّه لا مال له وأنّ الّذي يفرض عليه لا يقدر عليه، فإذا حلف أجّل في الكسوة، وإن قدر على النّفقة دون الكسوة فرّق بينهما بعد الشّهرين ونحوهما وإن لم يقدر على واحد منهما فلا يؤجّل، إلاّ دون ذلك، وذلك إلى اجتهاد الحاكم، وإذا ثبت عدمه، أو أقرّ بالعجز ووافقته الزّوجة على ذلك أجّله الحاكم في الإنفاق عليها الشّهر ونحوه وتكون معه في خلال التّأجّل، ولا تتبعه بنفقة زمن الإعسار. وإن علم له مالٌ، أو ظهر لدده كان للسّلطان أن يسجنه، فإن وجد في خلال الأجل ما ينفق عليها بطل حكمه وبقيت زوجةً، وإن لم يجد شيئًا ودعت إلى الطّلاق فيكتب في ذلك ما نصّه لمّا انصرم الأجل المقيّد فوق هذا، أو حضر عند القاضي فلانٍ وفّقه الله الزّوجان فلانٌ وفلانة وأقرّ الزّوج فلانٌ باتّصال عشرته وأنّه لم يجد منه ما ينفق منه على زوجته المذكورة وسألت منه الزّوجة النّظر لها أمره بالطّلاق فأبى من ذلك وثبتت إبايته عنده فطلّقها عليه طلقةً واحدةً يملك بها رجعتها إن أيسر في عدّتها وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار إليهما وثبوت زوجيّتهما لديه وشهد على القاضي وفّقه الله بما فيه من ثبوت وحكم من أشهده الزّوجان بما فيه عنهما في كذا، وإن أيسر في عدّتها بنفقة الشّهر ونحوه وما يجب من اللّباس كان أملك بها انتهى.
وفي مفيد ابن هشام: ولو أعسر بنفقتها بعد الدّخول، أو بعد أن دعي إلى البناء فلم يجد شيئًا ينفق منه عليها وأرادت فراقه فرّق بينهما إن طلبت ذلك بعد أن يؤجّل له ما يراه الحاكم ولا يكون ذلك إلاّ أيّامًا ثلاثةً، أو جمعةً وقيل ثلاثين وقيل شهرين، والتّوقيت في هذا خطأٌ وإنّما فيه اجتهاد الحاكم على ما يراه من حاجة المرأة وصبرها، والجوع لا صبر عليه. والفرقة فيها طلقةٌ رجعيةٌ، فإن أيسر في عدّتها فله رجعتها إن كان قد دخل بها ولا تلزمه نفقة ما أعسر به، ولا تصحّ رجعته، إلاّ باليسار. ا هـ.

ثمّ قال النّاظم رحمه الله:

وواجد نفقةٍ وما ابتنى — وعن صداقٍ عجزه تبيّنا
تأجيله عامان وابن القاسم — يجعل ذاك لاجتهاد الحاكم

يعني أنّ من عقد على امرأةٍ ولم يدخل بها، ثمّ طولب بالصّداق فعجز عنه لكنّه يقدر

وإذا لم يمتثل أمر الحاكم له بالإنفاق أو الطلاق مع ادعائه العسر لم يثبته، وظاهر كلام المصنف أن الزوج لا يحبس ولا يؤخذ من ماله كرهًا، وفي ذلك كلام في الشرح يطول بنا جلبه. وقوله: وزيد إلخ، وقوله: فيأمره الحاكم هذا بسطنا فيه الكلام عند قول المتن في العيوب هل يطلقها الحاكم أو يأمرها به؟ وانظر كلامًا طويلاً بقي في الشرح إن شئت.

(ص): وواجد نفقة وما ابتنى. إلى آخر البيتين.

على النّفقــة فإنّه يؤجّل لذلك سنتين وعن ابن القاسم أنّ ذلك مـوكولٌ إلى اجتهــاد القاضي قال في الوثائق المجـموعة: وإذا أصدق الرّجل المرأة صـداقًا ولم يجد الصّداق قـبل دخوله عليهـا ويجد النّفـقة، فإنّه يضـرب له في ذلك أجلٌ قيل له، فـإن حلّ الأجل ولو لم يأت بشيءٍ قال يضـرب له أجلٌ آخر يتلوّم له فيـه، فإذا استـقصى التّلوّم رأيت أن يفرّق بينهـما وليس من ترجى له تجارةٌ تأتيه، أو غلّةٌ كـالّذي لا يعرف له شيءٌ في رواية ابن القاسم عن مالك. وروي عن أشهب أنّه يضرب له في الصّداق إذا كـان يجري النّفقة أجل سنتين وفي المدوّنة عن ابن القاسـم لا أعرف سنةً ولا سنتين ولكن قد قـال مالكٌ: يتلوّم له تلوّمًـا بعد تلوّمٍ، وإلاّ فرّق بينهما ا هـ. ابن الحاجب: وللمرأة منع نفسها من الدّخول ومن الوطء بعده ومن السّفـر معه حتّى تقـبض ما وجب لها من صـداقها، فإن لم يجـد تلوّم له بأجلٍ بعد أجلٍ، ثمّ يفرّق بينهما بطلقة وفي نصف الصّداق حـينئذ قولان التّوضيح: ما وجب لها أي الحالّ وما حلّ، ثمّ قـال إذاً طولب الزّوج بالصّداق، فإنّ صدّقتـه المرأة، أو قامت بيّنةٌ على إعساره ضـرب له الأجل وتلوّم له، ثمّ يفرّق بينهما بطلقة قـال في المدوّنة: ويختلف التّلوّم فـيمن يرجى وفـيمن لا يرجى، أي فـيطال في الأجل في حقّ من يرجى دون غـيره قـال المتيطي: ويؤجّله في إثبات عسـره أحدًا وعشرين يومًا، ستّةً، ثمّ سـتّةً، ثمّ ستّةً، ثمّ ثلاثةً وللمرأة أن تطلبه بحـميلٍ بوجهه. فإن عـجز عنه فلها أن تسجنه؛ لأنّ الصّـداق دينٌ كسائر الدّيون ثمّ قال: وذكر المتـيطيّ أنّ الّذي اختاره الموثّقون في مقدار الأجل ثلاثة عـشر شهرًا، ستّة أشهرٍ، ثمّ أربعة أشهرٍ، ثمّ شـهران، ثمّ شهرٌ ونقله ابن سحنون ولمالك في المختصر أنّه يضرب له السّنة والسّنتان، ثمّ يفرّق بينهما، وإن كـان يجري النّفقة وإذا ضرب الأجل فقال ابن مالك في أحكامـه لا يعدّ اليوم الّذي يكتب فيـه الأجل خليلٌ ولا يبعد أن يختـلف فيه كعهدة السّنة والكـراء ونحوهما. ثمّ قال في شرح قوله وفي نصف الصّـداق حينئذ قولان، أي حين التّفرّق بالإعسار بالصّداق ا هـ. (وإلى هـذا كلّه) أشار في المختصر بقوله، وإن لم تجده أجّل لإثبات عسره ثلاثة أسـابيع، ثمّ تلوّم له بالنّظر وعمل بسنةٍ وشهرٍ وفي التّلوّم لمن

قوله: **(وإلى هذا كله)** أشار في المختصـر بقوله: وإن لم يجده أجل لإثبـات عسـره بثلاثة أسابيع ثم تلوم بـالنظر وعمل بسنة وشهـر، وفي التلوم لمن لا يرجى وصحّح عـدمه تأويلان، ثم طلق عليه ووجب نصفه، فـقوله: وإن لم يجده أي في الحال بقسمـيه لأن هذا راجع لقوله: فلها منع نفسهـا إلى تسليم ما حلّ. ولقوله: ومن بادر أجبـر له الآخر باعتبار مـبادرة الزوج. وقوله: أجل أي ويلزمه حميل بوجهه وإن لم يعطه سجن إن طلب ذلك منه، ولم ينص عليه المصنف لأن هذا دين كما في التوضـيح وغيره، وقد قال في فصل الفلس وحبس لثبـوت عسره إن جهل حاله ولم يسأل الصبر له بحميل وجهـه، وهذا إن لم يقرّ الخصم بعدمه ولا بينة عنده به. وقوله: ثلاثة أسابيع ستة أيام ثم ستة ثم ثلاثة تلومًا وهذا كلام المتيطي وقوله: وعمل بسنة وشهر وهذا وإن قاله غير واحد فالاجتهاد هو اللائق لاختلاف الناس. وقوله: ووجب نصفه وهو الذي به العمل.

لا يرجى، وصحّح عدمه تأويلان، ثمّ طلّق عليه ووجب نصفه. ا هـ. ثمّ قال:

وزوجة الغائب حيث أمّلت فراق زوجها بشهرٍ أجّلت

وبانقضاء الأجل الطّلاق مع يمينها وباختيارها يقع

يعني أنّ من غاب عن زوجته ولم يترك لها نفقةً وأرادت فراقه فإنّها تؤجّل شهراً فإذا انقضى الشّهر خيّرت في البقاء والطّلاق، فإن اختارته فإنّها تطلق عليه بعد يمينها أنّه لم يترك لها نفقةً ولا بعث بها ووصلتها، وعلى كونها خيّرت فاختارت الطّلاق نبّه بقوله: وباختيارها يقع ردًّا على من يقول: إنّ القاضي يطلّقها عليه، ويأتي التّصريح به في آخر كلام ابن سلمون ففي الوثائق المجموعة إذا رفعت امرأةٌ عند الحاكم أنّ زوجها غاب عنها ولم يترك لها شيئًا تنفق منه على نفسها وأثبتت له مالاً أعداها بنفقتها فيه، فإن لم تثبت له مالاً يعديها فيه، وذهبت إلى أن تطلّق نفسها عليه بعدم النّفقة (وهو عديمٌ، أو مجهول الحال)، فإنّه يتلوّم له، فإن أتى، أو وجدت له مالاً، وإلاّ طلقت عليه من جهة النّفقة لا من جهة الفقد كما تطلق على العديم الحاضر. ويجب في ذلك أن تثبت عدم الغائب وغيبته، ثمّ يستأني بعد ذلك كما يستأني على الحاضر، ثمّ يقضى عليه وترجى له الحجّة لمغيبه قال ابن حبيبٍ: وتحلف المرأة باللّه ما ترك عندها النّفقة ولا أرسل إليه شيئًا ووصل

(ص): وزوجة الغائب حيث أملت .. إلى آخر البيتين.

قوله: **(وهو عديم أو مجهول الحال إلخ)** هذا ذكره ابن فتوح قائلاً بأثره: وإن ثبت ملاؤه فإن يعرض لها قط ولا تطلق نفسها إلخ، وظاهره ولو تعسر عليها الإنفاق من أجل فقرها وعدم من يسلفها وفي ذلك نظر ظاهر، وفي البيان لابن رشد ما نصّه: الزوج لا يخلو في مغيبه من ثلاثة أحوال: معروف الملاء، ومعروف العدم، ومجهول الحال، فإن كان معروف الملاء فإن النفقة تفرض للزوج عليه على ما يعرف من ملائه ونتبعه بذلك دينًا ثابتًا في ذمته، هذا معنى قول ابن القاسم ونص قول أشهب في الواضحة وظاهر قوله فيها أنه لا خيار للمرأة في فراقه كما يكون لها ذلك في مجهول الحال، ومعنى إذا كان لها مال تنفق على نفسها منه وما لم تطل إقامته عنها أيضًا على ما تقدم في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم، وفي رسم شهد من سماع عيسى ومعروف العدم لا يفرض لها عليه لأنه لا نفقة على معدم إلخ. وقوله: ومعنى ذلك حسن غاية ولكن الكثير لم يذكروا ما ذكره ابن فتوح وابن رشد، وقال ابن عرفة: وقول ابن الحاجب حكم الغائب ولا مال له حاضراً حكم العاجز ابن عبد السلام يعني أن الغائب البعيد الغيبة وليس له مال أو له مال لا يمكنها الوصول إليه إلاّ بمشقة حكمه حكم العاجز الحاضر. قلت: قوله إلاّ بعد مشقة خلاف ظاهر أقوالهم أنه لا يحكم لها بطلاقه إلاّ إذا لم يكن له مال بحال دون استثناء إلخ. وما ذكره ابن عبد السلام هو الذي يظهر ويدل له مسألة الضمان وهي مضمون قول المتن: ولا يطالب إن حضر الغريم موسراً ولم يبعد إثباته عليه إلخ. أي أو غاب والحالة أنه لم يبعد إلخ فجعل ما

إليها ولا وضعت عنه نفقتها ا هـ. وفي طرر ابن عات (بنى ابن فتحون وثائقه على تلوّم ثلاثين يومًا) وفي ابن سلمون، (وكذلك إن كانت غيبته قبل البناء)، ولم يترك مالاً فإنّها تطلق عليه إذا دعت إلى ذلك على الصّحيح وقيل لا تطلق عليه؛ لأنّ النّفقة لا تجب لها حتّى تطلبها وبغيبته عدم ذلك، ثمّ ذكر الخلاف في وجوب النّفقة على الّذي غاب قبل البناء وكانت غيبته قريبةً دون البعيدة فتلزمه قولاً واحدًا إن طلبت الزّوجة ذلك، ثمّ ذكر وثيقة البيّنة بأنّه غاب ولم يترك لها نفقةً، ثمّ وثيقة التّأجيل بالشّهر، ثمّ وثيقة التّطليق بعد انقضاء الشّهر ونصّها لمّا انصرم الأجل المقيّد في كذا ولم يئب الزّوج المذكور في كذا لزوجته المذكورة فيه من الغيبة المشهود بها في كذا، وسألت الزّوجة من القاضي فلان وفّقه الله النّظر لها في ذلك اقتضى نظره إحلافها فحلفت بحيث يجب. وكما يجب (يمينًا قالت فيها: بالله الّذي لا إله إلاّ هو) لقد غاب عنّي زوجي فلانٌ المذكور في كذا الغيبة المشهود بها في كذا ولا رجع من مغيبه سرًا ولا جهرًا وتركني دون نفقة ولا شيء أمون به نفسي ولا بعث إليّ بشيء فوصلني ولا أقام لي بذلك كفيلاً ولا من ينوب عنه ولا قام عنه أحدٌ بشيءٍ من ذلك ولا أذنت له في سفره ولا رضيت بالمقام معه دون نفقة ولا أعلم مالاً أعدي له فيه بذلك ولا أنّ عصمة النّكاح انفصلت بيني وبينه بوجه حتّى الآن، ولمّا كمّلت يمينها وثبتت لديه أذن لها في تطليق نفسها إن شاءت فطلّقت نفسها عليه واحدةً قبل البناء بها ملكت بها أمر نفسها، أو بعد البناء بها طلقةً رجعيّةً يملك بها رجعتها إن قدم موسرًا في عدّتها وأمرها بالاعتداد من الآن. وإرجاء الحجّة للغائب متى قدم ومن حضر اليمين المنصوصة واستوعبها من الحالف ويعرف الإذن فيها وفي الطّلاق وأشهدته الحالفة بما فيه عنها وعرفها قيّد بذلك شهادته في كذا وأسقط ابن فتحون أذن لها في الطّلاق وجعل في عوضه فطلّقها وما ذكرنا أصوب ا هـ. وعلى التّنبيه على هذا الأصوب أشار النّاظم بقوله: وباختيارها يقع قال ابن عات: والمعنى المقصود من ذلك أنّ المرأة هي المفارقة وأنّ الحقّ إذا

يبعد إثباته بمنزلة العدم وقف على الشرح فيه هنالك، والحاصل هاهنا كلام كثير منتشر جمعناه في الشرح فانظره، ولا تطلق امرأة قبل رؤيتك أو تبقيها فإن في المسألة شروطًا كثيرة وقد جمعنا ذلك فيه والحمد لله. قوله: **(بنى ابن فتحون وثائقه على تلوم ثلاثين يومًا إلخ)** وفي الفشتالي أن العلم جرى بتأجيل شهر هاهنا ولكن وثيقة ابن فتوح شهرين. قوله: **(وكذلك إن كانت غيبته قبل البناء إلخ)** هذا هو الحق، وأن الزوجة قبل البناء إذا غاب عنها زوجها تطلق بعدم الإنفاق وإن لم تدعه إلى الدخول قبل سفره، وقد جمعنا كلام الناس في ذلك عند قول المتن: وإن غائبًا. قوله: **(يمينًا قالت فيها بالله الذي لا إله إلاّ هو إلخ)** عبارة ابن فتوح في وثائقه المجموعة: بالله الذي لا إله إلاّ هو ما رجع إليها زوجها فلان من مغيبه سرًا ولا جهرًا ولا لزوجها عندها شيء ولا ترك عندها نفقة ولا أرسل إليها شيئًا وصل إليها ولا رضيت بالمقام معه بلا نفقة ولا وضعتها عنه، فحلفت فلانة باليمين المنصوصة في المسجد الجامع المذكور على حسب نصّها من قبل، وأجاز من البينة ممّن

كان للمرأة خـالصًا فإنفاذ الطّلاق مـوكولٌ إليها مع إباحة الحـاكم ذلك لها ونسب ذلك إلى السّلطان؛ لأنّه الحاكم به ومنفّذه.

(فرعٌ): اختلف إذا فقـد الزّوج قبل البناء وضرب الحاكم الأجل وفرّق بينهـما، وسواءٌ تزوّجت أم لا، فعن مـالك أنّها تعطى جمـيع الصّداق، وبه قال سـحنونٌ وابن العطّار وبه القضاء وفـي الجلاب أنّها تعطى نصف الصّداق فـقط، فإن ثبت بعد ذلك وفاته أكـمل لها صداقها، وكذلك إن مضى عليه من السّنين مـا لا يحيا إلى مثله وقاله عبد الملك وابن دينارٍ من التّوضيح.

فرعٌ: إذا تطوّع أحـد أقارب الزّوج، أو أجنبيٌّ بالنّفـقة على زوجـة الغائب فـقال أبو القاسم بن الكاتب لها أن تفارق؛ لأنّ الفراق قـد وجب لها وقال أبو بكر بن عبد الرّحمن: لا مقال لهـا؛ لأنّ سبب الفراق هو عدم النّفقـة وقد وجدتها ا هـ. من طرر سيّـدي أحمد الونشريسيّ على وثائق الفشتاليّ، ثمّ قال:

ومن عن الإخدام[٩٠] عـجزه ظهـر فـــلا طلاق وبذا الحكم اشـــتـهـــر

يعني أنّ الزّوج إذا قدر على النّفقة والكسوة وعجز عن الإخدام مع كونه وزوجته أهلاً

عرفـها وأباح لها تطليق نفسـها إلخ. وقوله: على حـسب نصّها إلخ أشـار لبينة المرأة التي كلفت بها، ولفظ البينة ما نصّه: شهدوا على عين فلانة وعـرفوها حين شهادتهم أنهم يعرفون فلانًا بعينه واسمه زوجًا لـفلانة لا يعلمون أنه انقطعت الزوجية إلى حين أدائهم لشـهادتهم في هذا الكتاب، ويعرفون فلانًا قد غاب عن زوجته فلانة كذا وكذا لا يعلمون أنه انصرف إليها ولا يعلمون أنه ترك لها شـيئًا تنـفق منه على نفسهـا ولا أرسل لها بشيء وصل إليـها ولا يعلمـون له مالاً ظاهرًا ولا باطنًا، على هذه الحال عـرفوه منذ كذا وكذا، ولا يعلمـون أنه تبدّل عنها منذ عرفـوه بها إلى أداء شهادتهم في هذا الكتاب فقبل فلان إلخ. هذا كـلام الوثائق المجموعة بلفظها فانظره مع نقل هذا الشـارح له بواسطة، وزاد في حلف المرأة الفشـتالـي ولا أحالهـا بذلك فانحـالت ولا له بالمدينة المذكورة مال يعدى لها فـيه بنفقتها. وزاد أيضًا: ولا ترك لها بذلك كـفيلاً ولا رهنًا ولا له عليها دين إلخ. وهذه الثـلاثة الأخيرة رأيتـها في أبي الحـسن أيضًا. وما ذكـره هذا الشارح في حلفـها رأيته، وفي الشرح كلام طويل في هذا وغيره، والحاصل ما شهد به الشهود لا على القطع وتوهم أن يكون فهي تحلف بخلاف ما قطعوا به كالزوجية فإنها لا تحلف عليها فافهم.

قوله: (فرع إلخ) انظر هذا صدر كتـاب المفقود في شرحنا إن شئـت، وما نقله هذا الشارح هو كذلك ولكن لم يستوف.

(ص): ومن عن الإخدام إلخ هذا ظاهر.

---

(٩٠) الإخدام: اتخاذ خادم لأهله.

للإخدام ففي التّطليق عليه بذلك قولان المشهور منهما أنّها لا تطلق عليه بذلك. قال في المتيطيّة: واختلف إذا عجز الزّوج عن الإخدام هل تطلق عليه بذلك أم لا؟ فقال ابن القاسم في رواية عيسى: لا تطلق عليه بذلك قال المتيطيّ، وهذا هو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وبه القضاء وعليه العمل. ا هـ. وجملة عجزه ظهر عن الإخدام صلة من والرّابطٌ ضمير عجزه وفلا طلاق جواب من.

فصل في أحكام المفقودين

جمعهم؛ لأنّهم أربعة أقسامٍ منهم من يفقد في أرض الإسلام، ومنهم من يفقد في أرض الكفر، وكلٌّ منهما؛ إمّا في غير حربٍ، أو في حربٍ ولكلّ واحدٍ حكمٌ يخصّه، ثمّ قال:

وحكم مفقودٍ بأرض الكفر ... في غير حربٍ حكم من في الأسر

تعميره في المال والطّلاق ... ممتنعٌ ما بقي الإنفاق

وكلّ من ليس له مالٌ حريّ ... بأن يكون حكمه كالمعسر

المفقود قال ابن عرفة من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه. خرج بقوله من انقطع خبره: الأسير الّذي علم خبره، وخرج بقوله ويمكن الكشف عنه: المحبوس الّذي لا يستطاع الكشف عنه فإنّه لا يحكم له بحكم المفقود والحدّ شاملٌ للحرّ والعبد قاله الرّصّاع واعلم أنّ المفقود؛ إمّا أن يفقد في أرض الكفر، أو في أرض الإسلام وبدأ النّاظم: بالّذي يفقد في أرض الكفر وسيقول ومن بأرض المسلمين يفتقد إلخ وقسّم المفقود في أرض الكفر إلى من فقد في غير حربٍ وعليه تكلّم في هذه الأبيات باعتبار زوجته وماله وأدمج معه حكم الأسير المجهول الحياة باعتبار زوجته وماله أيضًا فأخبر أنّ حكم المفقود في أرض الكفر في غير حربٍ حكم الأسير، أي الّذي لم تعلم حياته من موته، وحكمه أنّ المال لا يورّث حتّى يأتي عليه من السّنين ما لا يعيش إلى مثله. وكذا لا تتزوّج زوجته إلاّ بعد انقضاء أجل التّعمير والحكم بموته، فكذلك المفقود بأرض الكفر في غير حربٍ لا يورّث ماله ولا تتزوّج زوجته إلاّ بعد التّعمير فقوله والطّلاق ممتنعٌ، يعني أنّ زوجة المفقود والأسير لا تطلق عليه ما دامت نفقتها من ماله، فإن لم يبق له مالٌ، أو لم يكن من أوّل وهلة فإنّها تطلق عليه بالإعسار، وعلى ذلك نبّه بقوله وكلّ من ليس له مالٌ حريّ البيت فهو تصريحٌ بمفهوم.

فصل في أحكام المفقودين

(ص): وحكم مفقود بأرض الكفر. إلى آخر الأبيات الثلاثة.

قوله ممتنعٌ ما بقي الإنفاق إلاّ أنّ ظاهر قوله ما بقي الإنفاق أنّه مهما كان عنده ما تنفق منه، فلها حكم الزّوجة فتنفق من ماله ولا تتزوّج، ولو طالت السّنون وليس كذلك، بل هو مقيّدٌ بما قبل الحكم بموته، أمّا إذا انقضى أجل التّعمير، وحكم بموته فلا نفقة لها حينئذ ولو كان له مالٌ لأنّها إذ ذاك متوفّى عنها ولا نفقة للمتوفّى عنها، ولها أن تتزوّج بعد عدّة الوفاة تبتدئها من غد يوم الحكم بموته. قال في المتيطيّة: وأمّا الأسير، فإن كان لامرأته شرطٌ في المغيب، طوعًا أو كرهًا، فلها أن تطلّق نفسها به عليه، وإن لم يكن لها شرطٌ ولا خلف لها نفقةً قامت بعدمها وطلّقها عليه الإمام كما تطلق على الحاضر، فإن كان خلف لها ما تنفق منه عليها ولم يكن لها عليه شرطٌ فلا تتزوّج أبدًا وينفق عليها من ماله حتّى يثبت موته، أو تبصره طائعًا، أو ينقضي تعميره، إن جهل مكانه فتنقطع النّفقة عنها وعمّن كان ينفق عليه من ماله وتعتدّ زوجته وتتزوّج ويقسّم ماله في ثبوت الموت، أو انقضاء التّعمير ا هـ. ويأتي للنّاظم الكلام على حدّ التّعمير، وفي مختصر الشّيخ خليلٍ وبقيت أمّ ولده وماله (وزوجة الأسير وزوجة مفقود أرض الشّرك) للتّعمير، والشّاهد لمسألتنا، أعني مسألة المفقود والأسير هو قوله وزوجة الأسير وزوجة مفقود أرض الشّرك يعني ومالهما فقوله: ومفقودٌ عطفٌ على الأسير مدخولٌ لزوجةٍ والله أعلم.

قوله: **(وزوجة الأسير وزوجة مفقود أرض الشرك إلخ)** أشار بهذا لقوله في المختصر: وبقيت أم ولده وماله وزوجة الأسير ومفقود أرض الشرك للتعمير اهـ. فقوله: وبقيت أم ولده أي المفقود للتعمير أي لانقضائه، وهذا إن كان ما تنفق وإلاّ فاختلف في ذلك فقيل تعتق قاله أبو عمران في تعاليقه، وقال المتيطي: تعلق بعد التلوم بشهر ثم قال: وقيل تبقى وهو الجاري على قول ابن القاسم، وبه أفتى ابن الشقاق قال: وفيها رواية لابن زيادة أنها تعتق وأخذ به ابن سهل إلخ، وقيل تزوج، والحاصل فيها خلاف جمعناه في الشرح، وكذلك إذا غاب عنها أو عن أمة ولا نفقة قف على ذلك هنا إن شئت. وقوله: وزوجة الأسير أي التي لا شرط لها وإلاّ فلها الأخذ به، وهذا أيضًا إذا دامت نفقتها وإلاّ أن تطلق نفسها أيضًا من جهة العسر بالنفقة. وقوله: وماله أي المفقود أي يبقى للتعمير لأنه لا ميراث بشك إلاّ أن يثبت موته. وقوله: وزوجة الأسير أي تبقى للتعمير إلاّ أن يثبت موته أي وأحرى مال الأسير أي فإنه يبقى للتعمير، فالفرق بين الأسير والمفقود إنما هو في الزوجة. وقوله: ومفقود أرض الشرك ابن رشد حكم المفقود ببلد الحرب حكم الأسير لا تزوج امرأته ولا يقسم ماله إلاّ بموته تحقيقًا أو تعميرًا في قول كل أصحابنا، حاشا أشهب فإنه حكم له بحكم المفقود في المال، والزوجة معًا إلخ. ولكن انظر الشرح وملخص هذا أن زوجة الأسير تبقى حتى يثبت موته أو تبصره إن علم موضعه أو يمضي التعمير إن جهل مكانه، وهذا إن دامت نفقتها ولا شرطها، وإلاّ فلها أن تطلق نفسها بالشرط أو بعدم الإنفاق، ومفقود أرض الشرك بلا حرب كذلك تبقى زوجته إلى موته تحقيقًا أو تعميرًا، وأما المال فيبقي في الجميع أي في المفقود والأسير وفقيد أرض الشرك.

وإن يكن في الحـرب فـالمشـهور ... في مـاله والزّوجـة التّعـمير
وفـيـه أقـوالٌ لهم مـعـيّنة ... أصحّـهـا القـول بسبـعين سنهْ
وقـد أتى القـول بضـرب عـام ... من حـين يأسٍ منه لا القـيـام
ويـقـسم المال عـلى مماتـه ... وزوجـةٌ تعـتـدّ من وفـاته
وذا به الـقـضـاء في الأنـدلس ... لمن مـضى فـمـقـتـفـيـهم مـؤتس

يعني المفقود في أرض الكفر إمّا في غيـر حربٍ وقد تقدّم، وإمّا في حرب وعليه تكلّم هنا فهو تصريحٌ بمفهوم قوله وحكم مفقود بأرض الكُفر في غير حربٍ (يعني أنّ من فقد في أرض الكفر في الحـرب والقتال مع الكفّار فـفيه قولان) على مـا ذكره النّاظم، الأوّل: أنّه يعمل في المال والزّوجة كالمفـقود والأسير المتقدّمين فلا يقسّم مـاله، ولا تتزوّج زوجته، إلاّ بعد أجل التّعـمير، والحكم بموته وإلى هذا أشار بقوله فـالمشهور في ماله والزّوجة التّعـمير القول الثّاني: أنّه يضرب له أجل سنة بعد النّـظر والبحث عنه فإذا انقضت السّنة ورّث ماله واعتدّت زوجـته عدّة الوفاة، وهذا هو القـول الّذي اعتمده الشّيخ خليلٌ حيث قال: وفي المفقود بين المسلمين والكفّار تعتدّ بعد سنة بعد النّظر وإلى هذا القول أشار النّاظم بقوله وقد أتى القول بضـرب عام ومبتـدأ العام من حيث اليـأس من خبره لا من حين قيـام الزّوجة، وعلى ذلك نبّه بقوله: من حين يأسٍ منه لا القيام، فإذا انقضى العام وحكم بموته قسّم ماله واعتدّت زوجته عدّة الوفاة، وعلى ذلك نبّـه بقوله: يقسّم المال على مماته البيت فقوله على مماته، أي على القول بتمويته إذ ذاك، أي لا على القول الأوّل بتعميره، وبهذا القول القضاء

(ص): وإن يكن في الحرب فالمشهور إلخ الأبيات الخمسة.

قوله: **(يعني إن فقد في أرض الكفـر في الحرب والقتال مع الكفار ففيه قولان إلخ)** لم يقل في المختـصر هكذا إنمـا قال: وفي المفـقود بين المسلمين والكفـار تعتـد بعد سنة بعـد النظر إلخ. فظاهره كان القتال بأرض المسلمين أو بأرض الكفار وهو كذلك، والناظم أيضًا لم يقيد بما في هذا الشرح، وكذا ابن الـناظم لم يقرر بما قاله هذا الشارح، وكـلام المقدمات سقناه في الشـرح برمته قال: ولا فرق بين أن يكـون القتال ببلد الإسلام أو العـدو، ولكن ذكر تفصيلاً يطـول جلبه، وما ساقه الناظم من أنه هو المشهور في هذه المسألة به صـدر في المقدمات ناسبًا لرواية ابن القاسم عن مالك وجعله قول ابن القاسم، ولعل الناظم لذلك صرّح بمشهوريته وإن لم يذكر ذلك ابن راشد، قف على الشرح وانظر ابن الناظم عنا فيمن فقد في البحر فإنه أجاد وأطال في ذلك المقال، وقول الناظم أصـحها القـول بسبـعين سنة هو قول مالـك وابن القاسم وأشهب وأفـتى به ابن زرب وبه القضاء كـما في سجلات الباجي، والقـول بالثمانين قوي ولا بدّ من النظر لعمـر من فقد كم هو فافهم.

في بلاد الأندلس لمن مضى من الشّيوخ فمن عمل بذلك فهو مؤتسٍ ومقتد بهم، ولمّا ذكر النّاظم القول الأوّل بتعميره ذكر أثره بعض ما قيل في التّعمير، وأخبر أنّ فيه أقوالاً لهم لكنّه لم يحك منها إلاّ قولاً واحداً وهو سبعون سنةً، وقال إنّه أصحّها، وفي ابن الحاجب أنّ مفقود المعترك بين المسلمين والكفّار ثلاثة أقوال: الأوّل: أنّه كالأسير لا تتزوّج زوجته ولا يقسّم ماله حتّى يعلم موته، أو يأتي عليه من الزّمان ما لا يعيش إلى مثله والثّاني: أنّه كالمفقود في أرض الإسلام في ماله وزوجته فيعمّر في ماله ويضرب لزوجته أجل أربع سنين، ثمّ تعتدّ كعدّة الوفاة القول الثّالث تعتدّ بعد سنة بعد النّظر، وهذا القول هو الثّاني في النّظم وعليه ذهب خليلٌ كما تقدّم، ونقل في التّوضيح عن ابن رشد أنّ في حدّ التّعمير ستّة أقوال اقتصر في مختصره على ثلاثةٍ منها، فقال وهو سبعون سنةً واختار الشّيخان ثمانين وحكّم بخمسٍ وسبعين، ثمّ قال:

ومن بأرض المسلمين يفقد ... فأربعٌ من السّنين الأمد

وباعتداد الزّوجة الحكم جرى ... مبعّضًا والمال فيه عمّرا

لمّا تكلّم على المفقود في أرض الكفر بقسميه، أي في غير حرب، أو في حربٍ تكلّم هنا على المفقود في أرض الإسلام في غير حربٍ فأخبر أنّه يفصل بين زوجته وماله، فأمّا زوجته فيضرب لها أجل أربع سنين بعد العجز عن خبره (ثم تعتدّ عدّة الوفاة)، ثمّ تتزوّج إن شاءت، وأمّا ماله فلا يورّث حتّى يأتي عليه من السّنين ما لا يعيش إلى مثله قال في الرّسالة: والمفقود يضرب له أجل أربع سنين من يوم ترفع ذلك وينتهي الكشف عنه، ثمّ تعتدّ كعدّة الميّت، ثمّ تتزوّج إن شاءت ولا يورّث ماله حتّى يأتي عليه من الزّمان ما لا يعيش إلى مثله اهـ. فقوله وباعتداد الزّوجة البيت يعني أنّ الحكم جرى في المفقود بأرض الإسلام مبعّضًا بسبب اعتداد الزّوجة بعد الأربع سنين وحلّيّتها للأزواج بعدها وتعميره في المال فلم يعمّر في الجميع ولا ضرب له الأجل في الجميع، بل عمّر في المال وضرب لزوجته الأجل فيحكم بموته باعتبار الزّوجة وبحياته باعتبار المال، وهذا هو التّبعيض والله أعلم.

قال النّاظم رحمه الله:

وحكم مفقودٍ بأرض الفتن ... في المال والزّوجة حكم من فني

مع التّلوّم لأهل الملحمة ... بقدر ما تنصرف المنهزمه

(ص): ومن بأرض المسلمين يفقد إلى آخر البيتين. قوله: (ثم تعتد إلخ) هذا إن دامت نفقتها كما في المختصر.

وإن نـأت أمـــاكن المـلاحـم تربّص الـعـام لدى ابن الـقـاسم
وأمــد العـــدّة فــيـه إن شـــهـــد أن قد رأى الـشّهـود فيهـا من فـقد

هذا هو القسم الرّابع من أقسام المفقود بأرض المسلمين في وقت الحرب بينهم، وهو المفقود في الفتن الواقعة بين المسلمين وذكر النّاظم على ظاهر لفظه أنّ فيه قولاً واحدًا بالتّفصيل إن لم تبعد أماكن الملحمة فحكمه حكم من مات حاضرًا في المال والزّوجة فيورّث ماله وتعتدّ زوجته، ولا يضرب له أجلٌ وإنّما يتلوّم الإمام لزوجته بقدر انصراف من انصرف وانهزام من انهزم، ثمّ تعتدّ وتتزوّج، وإن بعدت أماكن الملحمة الّتي فقد فيها عن بلده كإفريقيّة، ونحوها انتظرت زوجته سنةً والعدّة داخلةٌ في السّنة، هذا إن رأى المفقود في المعركة من تقبل شهادته، وإن لم يشهدوا بموته هذا مقصوده، واللّه أعلم. وإن كان ظاهر لفظه أنّ الّذين رأوه في الملحمة لم يشهدوا وإنّما نقلت الشّهادة عنهم لقوله: إن شهد أن قد رأى الشّهود والأمر قريبٌ فقوله: من فني أي من مات في بلده ونأت معناه بعدت ولدى بمعنى عند وأمد العدّة فيه، أي داخلٌ في العام وشهد بالبناء للنّائب الّذي هو أن قد رأى والشّهود فاعل رأى ومن فقد مفعوله، وضمير فيها للملحمة. قال في التّوضيح: في المفقود في الفتن الواقعة بين المسلمين أنّ ابن الحاجب حكى فيه أربعة أقوال الأوّل: لمالك وابن القاسم أنّ زوجته تعتدّ (من يوم التقاء الصّفّين) وكان أشباه ذلك فيما مضى يوم صفّين والحرّة. الثّاني: لأصبغ يضرب لامرأته بقدر ما يستقصى أمره ويستبين خبره، وليس لذلك حدٌّ معلومٌ ابن عبد السّلام وجعله المصنّف خلافًا للأوّل. وجعله بعضهم تفسيرًا له. الثّالث

(ص): وحكم مفقود بأرض الفتن إلى آخر الأبيات الأربعة.

قوله: **(من يوم التقاء الصفين)** عبارة المختصر: واعتدت في مفقود المعترك بين المسلمين بعد انفصال الصفين وهل يتلوم ويجتهد تفسيران وورث ماله حينئذ اهـ. وعبارة ابن الحاجب: تعتد زوجته بعد انفصال الصفين، وروي بعد التلوم بالاجتهاد، فإذا التقى الصفان قرب فجر يوم الجمعة مثلاً وانفصلا الأحد فالعدة قرب فجر من يوم الأحد، ولا تحسب ما قبل ذلك لاحتمال أن يكون مات آخر زمن القتال، والعدة يحتاط فيها كما هو معلوم وبدليل ما ذكروه عند مضمون قول المختصر: وإن أقر بطلاق فتقدم إلخ في كتاب العدة وبيّنا ذلك عند قوله: وألغى يوم الطلاق بل إلغاء يوم الطلاق في العدة إنما هو احتياط للعدة كما في ابن رشد وابن يونس وغيرهما، فلو عدّ ما قبل ذلك لكانت العدة غير كاملة، فقول ابن الحاجب بعد انفصال الصفين معناه أنها تعدّ العدة من يوم مفارقة الصفين. وهو قول الشامل إذا انفصل الصفان، ويجعل يوم الانفصال كأنه يوم الطلاق، والعدة لا تحتاج إلى نيّة، ويدل على هذا قول اللخمي في تبصرته: لو كان القتال أيامًا وأشهرًا فمن آخر يوم وهو في قوة ما ذكرناه، والحاصل هذا الذي ظهر لنا صحته، والناس لهم كلام في هذا كتبناه في الشرح فقف عليه إن شئت.

لابن القاسم تتربّص زوجته سنةً، ثمّ تعتدّ. الرّابع: أنّ العدّة داخلةٌ في السّنة قال في المقدّمات وهو الصّواب؛ لأنّه إنّما تلوّم له مخافة أن يكون حيًّا، فإذا لم يوجد له خبرٌ حمل على أنّه قتل في المعركة، وفي العتبيّة خامسٌ بالفرق بين ما قرب من الدّيار يتلوّم الإمام لزوجته باجتهاده بقدر انصراف من انصرف وانهزام من انهزم، ثمّ تعتدّ وتتزوّج وبين ما بعد، مثل إفريقيّة، ونحوها تمكث زوجته سنةً فأدخل نظر الإمام في ذلك وفرّق بين القرب والبعد وفي الموّازيّة سادسٌ إن كان بعيدًا فحكمه كالمفقود تتربّص أربعة أعوام اللّخميّ من قال: إنّ العدّة من يوم التقاء الصّفّين ورّث ماله حينئذ. ومن جعل لزوجته التّربّص وقف ماله إلى التّعمير، واختلف على القول بأنّ زوجته تتربّص سنةً فقيل يورّث ماله ذلك الوقت، وقيل يوقف ماله إلى التّعمير قال في المقدّمات، وهذا الخلاف إنّما هو إذا شهدت البيّنة العادلة أنّه شهد المعترك، وأمّا إن كان إنّما رأوه خارجًا مع العسكر ولم يروه في المعترك فحكمه حكم المفقود في زوجته وماله باتّفاق. ا هـ. فقوله فحكمه حكم المفقود، أي تؤجّل زوجته أربع سنين ويبقى ماله للتّعمير، واللّه أعلم. وعلى القول الأوّل في التّوضيح مع التّردّد في كون الثّاني تفسيرًا له، أو خلافًا، ذهب الشّيخ خليلٌ حيث قال واعتدّت في كمفقود المعترك بين المسلمين بعد انفصال الصّفّين وهل يتلوّم ويجتهد؟ تفسيران وورّث ماله وحينئذ وعلى ما تقدّم عن ابن الحاجب والتّوضيح عن العتبيّة يكون قوله في النّظم، فإن نأت أماكن الملاحم قولاً ثالثًا مستقلاً، لا من تمام الأوّل كما يظهر من النّظم، ويكون قوله إن شهد إلخ تقييدًا لمحلّ الخلاف كما قال في المقدّمات لا شرطًا في مسألة ما إذا بعدت أماكن الملاحم كما يظهر من النّظم أيضًا، واللّه سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في الحضانة

ابن عرفة: الحضانة هي محصول قول الباجيّ حفظ الولد في مبيته، ومؤنة طعامه، وملبسه، ومضجعه، وتنظيف جسمه الرّصّاع: المصدر مضافٌ للمفعول وأصل ذلك أن يحفظ الولد وبناء المصدر من المفعول فيه خلافٌ، وقصر الحفظ للحاضن على ما ذكر فلا نظر له في غير هذا، فإن كان للمحضون أبٌ فينظر له في غير هذا من ماله، وتعليمه الصّنعة، وتزويجه، وغير ذلك (حتّى إنّ ختان) المحضون يكون عند أبيه ويردّ إلى الأمّ،

فصل في الحضانة

قوله: **(حتى أن ختان إلخ)** الذي في أبي الحسن على المدونة بعد سوق كلامها ما نصّه: يقوم من هذا أن النظر في جميع أمور الصبي على الأب، وليس على الأم إلاّ التربية والمبيت عندها. الشيخ: انظر ختان الصبي هل عند الأب أو عند الأم؟ وانظر زفاف البنت من أين يكون من بيت الأب أو من بيت الأم؟ أما ختان الصبي فيمكن في بيت الأب ثم يرجع إلى الأم، وأما الزفاف

والرّقاد اختار بعض الشّيوخ أنّه يكون عند الأمّ اهـ. وأمّا زفاف الأنثى لدار زوجها فمن عند أمّها قاله في تكميل التّقييد، واللّه أعلم. قال النّاظم:

الحقّ للحاضن في الحضانة وحال هذا القول مستبانهْ

لكونه يسقطها فتسقط وقيل بالعكس فما إن تسقط

يعني أنّهم (اختلفوا في الحضانة) هل هي حقٌّ للحاضن؟ وعليه إذا أسقطها سقطت؛ لأنّ كلّ من له حقٌّ إذا أسقطه يسقط قيل إنّها حقٌّ للمحضون، وهو مراده بالعكس وعليه فلا تسقط إن أسقطها. وقد صرّح به في قوله: فما إن تسقط وإن زائدةٌ، وفي المسألة قولان آخران: أحدهما: أنّها لهما معًا، والثّاني: أنّها حقّ اللّه سبحانه وتعالى وعليه فلا تسقط أيضًا إن أسقطها الحاضن التّوضيح: عن اللّخميّ: كلّ من ذكر أنّ له حقًّا في الحضانة فليس ذلك بواجب عليه، وهو بالخيار في ذلك من أب، أو غيره؛ لأنّ لكلٍّ حنانًا وعطفًا ما خلا الأمّ فاختلفَ هل تجبر أم لا بناءً على أنّه حقٌّ لها، أو له؟ ابن محرز: والصّواب عندي أنّه حقٌّ سواءٌ بين الحاضنة والمحضون. قال في الطّرر عن ابن محرز وقد اختلف في الحضانة هل هي حقٌّ للأمّ، أو للولد على الأمّ؟ وفائدة الخلاف هو أنّه إذا كان حقًّا لها جار تركها له، وانتقل إلى غيرها وإذا كان حقًّا للولد لزمها ولم يكن لها تركه إلاّ من عذر قال ابن محرز: والصّواب من ذلك عندي أنّه حقٌّ مشتركٌ بين الحاضن والمحضون. قال الشّارح رحمه الله: والقول الّذي اختاره ابن محرز هو أظهر؛ لأنّه تطّرد فيه الفروع الواردة في هذا الباب قال: فمما يؤيّد القول الأوّل كون الحاضن لا تجب له أجرةٌ على مجرّد الحضانة في القول المشهور فلو لم تكن حقًّا له لفرضت عليه الأجرة فتأمّله. ا هـ. **تنبيهٌ:** قولهم لا أجرة للحضّانة على المشهور معناه: لا أجرة لها على مجرّد الحضانة، وأمّا خدمتها للمحضون كطبخ طعامه، وطحن دقيقه، وغسل ثيابه فإنّ لها الأجرة على ذلك، ولهذا زاد الشّيخ خليلٌ قوله: «لأجلها» بعد قوله ولا شيء للحاضن فنبّه به على أنّ عدم استحقاقها للأجرة إنّما هو إذا لم يكن لها عملٌ سوى الحضانة وحدها وهي النّظر في مصالح ذات المحضون

فلم أر فيه نصًا وفيه حق الأب وحق الأم إلخ هذا لفظه. وفي الجزولي أن بعضهم أخذ من قولهم حضانة الأنثى إلى التزوج والدخول أن الزفاف يكون من عند الأم وهو أخذ ظاهر. وفي الفائق في الحادي والثلاثين من الفروع أن التمريض يكون عند الحاضنة، وفي الحادي والأربعين منه أن الزفاف يكون من عند الأم، وقال في الختان يمكن أن يختتن عند أبيه في داره ويصنع الصنيع ثم يرسله إلى أمه إلخ.

(ص): الحق للحاضن في الحضانة. إلى آخر البيتين. قوله: **(اختلفوا في الحضانة إلخ)** قال في التوضيح: والمشهور أن الحق في الحضانة للحاضن إلخ، وكان من حق هذا الشارح نقله.

كما تقدّم في حدّ الحضانة ومفهومه أنّها إن كانت تخدم المحضون فلها عليه الأجرة وهو كذلك وقيل لها النّفقة، وإن زادت على الأجرة ابن عرفة اللّخميّ للأمّ الحاضنة الفقيرة النّفقة على ولدها اليتيم. فإن كانت موسرةً فقال مالكٌ: لا نفقة لها، وقال مرّةً: لها إن قامت عليهم، وقال أيضًا تنفق بقدر حضانتها إن كان لا بدّ لهم من حاضنٍ جعل لها في هذا القول الأجرة دون النّفقة وأرى إن تأيّمت لأجلهم وهي القائمة بأمرهم كان لها النّفقة، وإن زادت على الأجرة، لأنّها لو تزوّجت أتى من ينفق عليها، وإن لم تتأيّم لأجلهم، أو كانت في سنّ من لا يتزوّج، فلها الأجرة، وإن كانت دون نفقتها، وإن كان لهم من يخدمهم، أو استأجرت لهم من يخدمهم، وإنّما هي ناظرةٌ لهم فلا شيء لها. ا هـ. وممّا ينبني على الخلاف الّذي في محضون ليس له إلاّ دارٌ أرادت جدّته لأمّه حضانته وبيعها والإنفاق عليه من قيمتها، وأرادت جدّته لأبيه حضانته على أن تنفق عليه من مالها وتبقى له داره فقيل: جدّة الأمّ، أولى وقيل جدّة الأب أولى، وهما على أنّ الحقّ للحاضنة أو للمحضون، ومن هذا المعنى ما سئل عنه أبو سعيد بن لبٍّ في بنتين كانتا في حضانة جدّتهما للأمّ فمات أبوهما وأوصى بهما إلى شقيقته وتحت إشراف زوجها فالتزمت العمّة نفقتهما وكسوتهما من مال نفسها من غير رجوعٍ عليهما على أن تكون لها الحضانة وامتنعت الجدّة من ذلك، وإن بقيتا عند الجدّة ذهب مالهما فأجاب: بأنّ الصّواب نقل الحضانة إلى العمّة إن لم يعلم في ذلك ضررٌ على البنتين، ولا نقصٌ مرفقٌ في الكفالة والقيام بالمؤنة والخدمة لظهور المصلحة العظمى للبنتين بصون مالهما، ثمّ رجّح ذلك بوجوهٍ نقلها الشّارح في شرح قوله وهي إلى الإثّغار في الدّخول ثمّ قال:

وصرفها إلى النّساء أليق   لأنّهنّ في الأمور أشفق

وكونهنّ من ذوات الرّحم   شرطٌ لهنّ وذوات محرم

يعني أنّ صرف الحضانة وجعلها للنّساء أليق من جعلها للرّجال؛ لأنّ المقصود منها القيام بمؤنة الصّبيّ؛ لأنّه خلقٌ ضعيفٌ لا يقوم بنفسه فقدّم الشّارع لحضانته من هو في طبعه أشفق على المحضون وأرفق به من غيره وعلى هذا نبّه بالبيت الأوّل، ثمّ ذكر في الثّاني: أنّه يشترط في الحاضنة شرطان: أحدهما أن تكون من ذوات رحم المحضون، الثّاني: أن تكون من ذوات محارمه. قال (القرافي) في ذخيرته: قاعدةً: يقدّم الشّرع في كلّ ولايةٍ من هو أقوم بمصالح تلك الولاية ففي الحرب من هو شجاعٌ مجرّبٌ ليسوس الجيوش، وفي القضاء

(ص): وصرفها إلى النساء أليق. إلى آخر البيتين.

قوله: **(القرافي إلخ)** هذه القاعدة لا يختلف فيها لأن المدار على جلب المصالح ودفع المضار.

من هو فقيهٌ متوفّر الدّين والعزم والفراسة، وفي ولاية الأيتام من هو عارفٌ بتنمية المال ومصارفه، وقد يكون المقدّم في بابٍ مؤخّرًا في آخر فالمرأة مؤخّرةٌ في الإمامة مقدّمةٌ في الحضانة لمزيد شفقتها وصبرها فهي أقوم بمصالح الحضانة من الرّجال قال ابن رشد: ويستحقّ النّساء الحضانة بوصفين: أحدهما: أن يكنّ ذوات رحمٍ من المحضون، والثّاني: أن يكنّ محرّمات عليه فإن كنّ ذوات رحمٍ منه ولم يكنّ محرّمات عليه كبنت الخالة وبنت العمّة لم تكن لهنّ حضانةٌ، وإن كنّ محرّمات عليه ولم يكنّ ذوات رحمٍ منه كالأمّ من الرّضاعة، والمحرّمات بالصّهر لم تكن لهنّ حضانةٌ أيضًا. ا هـ. وقال ابن رشد أيضًا، (وأمّا الرّجال) فإنّهم يستحقّون الحضانة بمجرّد الولاية كانوا من ذوي رحم المحرمٍ كالجدّ والأخ وابن الأخ، أو من ذوي رحمه الّذي ليس بمحرمٍ كابن العمّ، أو لم يكونوا من ذوي رحمه كالمولى المعتق والوصيّ من قبل الأب، ومن قبل السّلطان. ا هـ. وقد ذكر في البيت الثّاني بعض شروط الحاضن إن كان امرأةً، ويأتي بعض شروطه إن كان رجلاً، أو امرأةً في قوله وشرطها الصّحّة والصّيانة البيتين ولم يظهر. وجه التّفرقة بين هذه الشّروط، والأنسب جمعها في محلٍّ واحدٍ.

قال رحمه الله:

وهي إلى الإثّغار في الذّكور	والاحتلام الحدّ في المشهور
وفي الإناث للدّخول المنتهى	والأمّ أولى ثمّ أمّها بها
فأمّها فخالةٌ فأمّ الأب	ثمّ أبٌ فأمّ من له انتسب
فالأخت فالعمّة فابنة الأخ	فابنة أختٍ فأخٌ بعد رسخ
والعصبات بعد والوصيّ	أحقّ والسّنّ بها مرعيّ

يعني أنّ حدّ الحضانة في الذّكر إلى الاحتلام، أي البلوغ على القول المشهور، وقيل إلى الإثّغار، وهو قول أبي مصعب وغيره وأمّا الأنثى فتنتهي إلى دخول زوجها بها، ثمّ ذكر ترتيب الحاضنات إذا تعدّدن فذكر أنّ الأمّ أولى، ثمّ أمّها وهي جدّة المحضون، ثمّ أمّ أمّ الأمّ وهي جدّة أمّه، ثمّ الخالة، ثمّ أمّ الأب، ثمّ الأب، ثمّ أمّ الجدّ وهي المراد بمن له انتسب، أي من انتسب الأب له وهو الجدّ، ثمّ الأخت، ثمّ العمّة، ثمّ بنت الأخ، ثمّ بنت الأخت،

قوله: **(وأما الرجال إلخ)** وعلى هذا فيحسن زيادة بيت وهو ما نصّه:

وشرطها ولاية في الرجل	بلا تشكك ولا تحايل

(ص): وهي إلى الإثغار في الذكور. إلى آخر الأبيات الخمسة.

ثمّ الأخ، ثمّ الوصيّ، ثمّ العصبة ولهذا قال والوصيّ أحقّ، أي من العصبة وإذا تعدّد من هو في درجة واحدة فالأكبر سنًّا مقدَّمٌ على من هو أصغر منه فلذلك قال والسّنّ بها مرعيٌّ، وكذلك إذا تعدّدن بوجود الشّقيق والّذي للأمّ والّذي للأب قدّم الشّقيق، ثمّ الّذي للأمّ؛ لأنّ الحنان والشّفقة من جهة الأمّ أكثر من الّذي للأب ويقدّم عند الاستواء من كلّ وجه بزيادة الصّيانة والشّفقة. قال في المتيطيّة: واختلف قول مالك في أمد حضانة الذّكران من البنين فقال في المدوّنة للاحتلام (قال ابن شعبان: يحتلم الغلامُ صحيح العقل والبدن) وفي مختصر ابن عبد الحكم وأبي مصعب: الإثّغار في رواية الشّيبانيّ عن مالك وفي المدوّنة والوثائق المجموعة وحضانة الغلمان حتّى يحتلموا، وحضانة النّساء حتّى ينكحن ويدخل بهنّ أزواجهنّ. وفي المتيطيّة: قال في المدوّنة والجدّة للأمّ أحقّ وإن بعدت بعد الأمّ، ثمّ الخالة، ثمّ الجدّة للأب ثم الأب، وقسّم ابن الحاجب من له الحضانة إلى ثلاثة أوجه، تارةً ينفرد النّساء، وتارةً ينفرد الرّجال، وتارةً يجتمع النّساء والرّجال معًا فأشار إلى انفرادِ النّساء بقوله الحضانة في النّساء للأمّ، ثمّ جدّة الأمّ لأمّها، ثمّ الخالة، ثمّ الجدّة للأب، ثمّ جدّة الأب لأبيه، ثمّ الأخت، ثمّ العمّة، ثمّ بنت الأخ، وفي إلحاق خالة الخالة بالخالة قولان وأشار إلى انفراد الرّجال بقوله وفي الذّكور للأب، ثمّ الأخ، ثمّ الجدّ، ثمّ أبي الجدّ، ثمّ ابن الأخ، ثمّ العمّ، ثمّ ابن العمّ، ثمّ المولى الأعلى والأسفل على المشهور فيهما التّوضيح: قوله ثمّ المولى الأعلى، أي بعد العصبة وهو المعتق والأسفل يريد بعد الأعلى نصّ على ذلك اللّخميّ وقوله على المشهور فيهما، أي في الأعلى والأسفل والمشهور من مذهب المدوّنة إثبات الحضانة لهما، أي ومقابله لا حقّ لهما في الحضانة، ثمّ أشار إلى الوجه الثّالث وهو إذا اجتمع ممّن له الحضانة النّساء والرّجال فقال والأمّ، ثمّ أمّها أولى من

قوله: **(قال ابن شعبان يحتلم الغلام صحيح العقل والبدن إلخ)** هذا خلاف المدونة، وخلاف قول ابن عبد السلام ما نصّه: المشهور في غاية أمد النفقة أنها البلوغ في الذكور بشرط السلامة المذكورة، والمشهور في غاية أمد الحضانة البلوغ في الذكور من غير شرط إلخ. وما يوهمه كلام ابن شاس هنا أصله في الوجيز للإمام الغزالي نفعنا الله بدينه وورعه وولايته وتطوعه، والفرق بين الحضانة والنفقة أن الزمن لا يقدر على أن ينفق على نفسه لعدم قدرته على تصرفه في معاشه، والحاضنة إنما هي للتربية وهو لا يحتاجها لأنه بالغ عاقل، والمجنون كذلك في النفقة، وفي الحضانة قد لا يحتاج إليها لأن المجنون البالغ يخاف منه، وللمجانين أمكنة يستقلون بها فافهم. ولذلك في المختصر قال في النفقة حتى يبلغ عاقلاً قادراً على الكسب ولم يذكر ذلك في الحضانة. وكلام التحفة ظاهر في هذا أيضًا، وكلام هذا الشارح هو كلام ابن الناظم نفسه، وربما يكون في ذلك إيهام حيث لم ينبّه على ما كتبناه فافهم. وما ذكره الناظم في ترتيب الحاضنين هو تابع للمقدمات فيما يظهر، فإنه حرّر هذا الترتيب وحررناه في الشرح تبعًا للفحول وعلى الله تعالى نيل المأمول.

الجميع، وفي الأب مع بقيّتهنّ، ثالثها المشهور يقدّم على من بعد الجدّة للأب، وقيل الأب أولى من الأمّ عند إثّغار الذّكور، وبقيّة النّساء أولى من بقيّة الذّكور التّوضيح: قوله أولى من الجميع، أي من جميع الرّجال والنّساء، وقوله: وقيل الأب أولى يعني فأحرى أن يكون مقدّمًا على غيرها، وهذا القول رواه ابن حبيب عن مالك ووجهه أنّ احتياج الولد إلى أبيه بعد سنّ الإثّغار أكثر؛ لأنّه يحتاج حينئذ إلى التّربية والتّعليم. ا هـ. ونقل الشّارح عن ابن رشد الخلاف في بنت الأخت هل لها حضانةٌ، أو لا؟ قال: والصّواب أنّ لها الحضانة، فإن اجتمعت مع بنت الأخ فقيل بنت الأخ مقدّمةٌ، وقيل بنت الأخت مقدّمةٌ وقيل هما سواءٌ، ينظر السّلطان في أكفئهما وأحرزهما، وقوله، ثمّ أمّها بها، أي أمّ الأمّ أولى بها، أي بالحضانة وقوله فأمّها، أي أمّ المحدّث عنها الّتي هي أمّ الأمّ وأمّها هي جدّة أمّ المحضون لأمّها. قال النّاظم رحمه الله:

وشرطها الصّحّة والصّيانة ... والحرز والتّكليف والدّيانه

وفي الإناث عدم الزّوج عدا ... جدًّا لمحضون لها زوجًا غدا

تعرّض في البيتين لشروط الحاضن فأخبر أنّه يشترط فيه (صحّة الجسم) ليتحرّز بذلك من المريض الضّعيف القوّة؛ لأنّه لا يقوم بمصلحة نفسه فأحرى أن لا يقوم بمصلحة غيره، وكذا من يخاف من مرضه ضرورة العدوى على ما جرت به عادة اللّه سبحانه من كونه عنده لا به كالجذام والبرص، (ويشترط فيه أيضًا الصّيانة) ليتحرّز بذلك من لحوق المعرّة بسبب عدم الصّون، (وأن يكون في حرز) لئلا يلحقه الضّياع كأن يكون بطرف العمارة بحيث يخاف عليه من السّباع ونحوها، أو تصيبه المتوقّعات المحظورة، كالخوف عليه من سارق يسرقه، أو سالب يسلبه ثيابه، أو نحو ذلك ممّا يصيبه من قلّة الصّون والحفظ وأن يكون مكلّفًا، أي عاقلاً بالغًا. لأنّ غير البالغ، أو المجنون لا يتصوّر أن يكون المحضون معه

(ص): وشرطها الصحة والصيانة. إلى آخر البيتين. قوله: **(صحة الجسم إلخ)** عبارة المختصر والكفاية لا كمسنة. وعبارة اللخمي: وأما صفة من له الحضانة فينصرف إلى وجوه وينحصر في أربعة: أن لا يكون عاجزاً عن القيام بالولد. وأن لا يخشى أن يدخل عليهم ضرراً ولا فساداً في طباع ولا بدن ولا معيشة. قال ابن المواز فيما يسقط حقها: إن كانت تضعف عنهم أو سقيمة أو مسنة أو سفيهة إلخ وهذا منه بلفظه، وهاتان العبارتان أولى من عبارة النظم وأعمّ، والحاصل الكفاية أن لا يكون عاجزاً عن القيام بالمحضون، وكذلك إذا كان يقدر ولكن بمشقة فذلك بمنزلة العجز لأن ارتكاب المشاق صعب على النفوس وذلك مظنة الترك للقيام المذكور فافهم. قوله: **(ويشترط فيه أيضاً الصيانة إلخ)** هذا شرط ظاهر. قوله: **(وأن يكون في حرز)** ذكرنا في الشرح كلام الناس في المسألة وحررنا أن الحرز إنما يشترط في المحضونة المطيقة للوطء،

في أمنٍ، ولا حرزٍ فهو فـي نفسه مفتقرٌ لمن يكـفله، (فكيف يكفل غيره)، وأن يكون ديِّنًا؛ لأنّ الفاسق (وأحرى الكافر) لا يؤمن على المحضون من وجوه. وهذه الشّروط عامّةٌ، سواءٌ كان الحاضن رجـلاً، أو امرأةً ويزاد في شروط الحاضنة الخلوّ عـن زوجٍ قد دخل بها إلاّ إن كان هذا الزّوج جدًّا للمحضون كالجدّة للأمّ المتزوّجة بوالد الأمّ فلا تسقط حضانتها؛ لأنّ له حنانًا وشفـقةً حتّى قيل إنّ له الحضـانة قال في النّوادر: من كتاب ابن المـوّاز عن مالكٍ قال ومن لم تكن في حـرزٍ، أو كانت غـير مـأمونة أو تضـعف عنهم، أو كانت سـفيـهةً، أو سقيمـةً، أو ضعيفةً، أو مسنّةً فلا حـضانة لها كانت جدّةً، أو غيرها قـال الشّارح: ما عدّه الشّيخ من الشّـروط مأخوذٌ من قـول مالكٍ في النّوادر المتقـدّم، ثمّ بيّنه بما هو ظاهرٌ. وفي المقرّب: إذا كانت الأمّ ليست بمرضيّةٍ في حـالها فيكون أبو الجارية أو، أولياؤها أحقّ بها إذا

وإن كان الحرز مطلوبًا ولكن لا تسقط الحضانة بعدم الحرز إلاّ في المطيقة للوطء، انظر كلام الناس في ذلك والاعتـراض على ابن عرفة، وقـول المختصـر: وحرز المكان في البنت يخاف عليـها أي المطيقة ويشـعر به قوله يخاف عليـها لأنها هي التي يخاف وطؤها، بل قيل إنمـا يجب في المطيقة حرز المكان إذا علمت بالجمـال أو كان المحل فيه فسـاد وإلاّ فالحرز على الاستحـسان لا شرط في استحـقاق الحضانة، وكـذا الذكر فهو كـغير المطيقة، وكـذا كلام اللخمي وتبعـه أبو الحسن وابن الحاجب وغيرهم وهو نص المختصر وقد رأيته، واعتراض ابن عرفة وغير مسلم قف عليه إن شئت في الشرح. قوله: **(فكيف يكفل غيره)** قال أبو الحسن ما نصّه: وانظر لم يفرق في المدونة بين أن يكون مَن يستحق الحضانة صغيرًا أو كبيرًا وظاهره التسوية وبه الفتوى عند الشيخ لأن الصغير قد يكون ضابطًا ويكون من يحضنه يحـضن معه المحضون الصغيـر اهـ. بلفظه. وهذا فرع غريب لم نجد من تكلم عليه على وجـه البيان، نعم اللقاني في حواشي التـوضيح نقله وسلمه، والناس لم يذكروا من شرط الحـاضن البلوغ خليل وغيره وإنما ذكره الناظم في قـوله مكلفًا. قوله: **(وأحرى الكافر)** في المختصـر لا إسلام أي لا يشترط في الحاضن، ولكن هـذا يأتي في كلام هذا الشارح إلخ. وقد قال في المختصر في هذه الشروط ما نصّـه: وشرط الحاضن العقل والكفاية لا كمسنة، وحرز المكان في البنت يخاف عليها والأمانة وأثبتها وعدم كجذام مضر ورشد لا إسلام وضمت إن خيف للمسلمين، وإن مـجوسية أسلم زوجها، وللذكـر من يحضن وللأنثى الخلو عن زوج دخل إلاّ أن يعلم ويسكت العام أو يكون مـحرمًا، وأن لا حـضانة له كالخال أو وليًـا كابن العم، أو لا يقبل الولد غير أمـه، أو لم ترضعه المرضعة عند أمّه، أو لا يكون للولد حاضن أو غـير مأمون أو عاجـزًا أو كان الأب عـبدًا وهي حرة. وفي الوصـية روايتـان وأن لا يسافر إلخ. ولـم يذكر من شروط الحـاضن البلوغ ولا يتضـمنه شرط العقـل لأن الصغيـر يكون عاقلاً، ولـذلك يقولون إن المكلف هو العاقل البالغ، وتقدم كلام أبي الحسن فيه، وتقدم الكلام على الشروط الأربعة الأول، غير أن الحاضنة إذا كـانت تجن في بعض الأحيان فإن الكلام يأتي عليه عند قول المخـتصر: وعدم كجـذام إلخ. وقوله: والأمانة أي في دينـه وفيما يـدفع إليه. وقوله: وأثبـتها أي الأمـانة يثبتـها الحاضن لأنه محمول على غـيرها حتى يثبتها وإلاّ فلا حضـانة له، وهو كذلك في الكفاية والحرز

ضمّت إلى كفالة وحرز. قال الشّارح: ومن قـول المقرّب ومثله أخذ المتأخّرون شرط الدّيانة في الحاضنة إذا كانت مسلمةً، فإنّ الكتابيّة تحضن ما لم يخف أن تسقيهم الخمر، أو تغذّيهم بالخنزير وفي النّوادر من كـتـاب ابن الموّاز: ولا حقّ لمن تكون مـتزوّجـةً منهم إلاّ أن يكون زوج الجدّة جدّ الصّبيّ فلا يضرّها ذلك. ا هـ. من الشّارح وهل يشترط في الحاضن الرّشد أو لا؟ قال الشّيخ خليلٌ في شروط الحاضن ورشدٌ وخـرج به السّفيه قال اللّخميّ، وهذا إذا

عن ابن الهندي وغيره، واعتـراض المتيطي ومن تبعه فيه ما فيـه، انظر الشرح إن شئت فإن الكلام في المسألة طويل، وانظر غـير هذه الشروط الثـلاثة هل يثبتـها الحاضن أم لا؟ وانظر هل يحـتاج لذلك بالقيـاس على هذه الثلاثة أم لا؟ وقوله: وعـدم كجذام مضـر دخل بالكاف البرص، ونصّ اللخمي في هذا هو قوله: وأما الضرر في البدن بالجذام والبرص فإن كان خفيفًا لم تمنع، وإن كان متفاحشًا منعت لما يدرك الولد من المضرة برؤيتـه واحترازاً ممّن يقول: أنه يخشى مع طول الصحبة حدوث مـثله بالولد، فـإن كانت تجن في بعض الأحـيان ويخـاف أن يدرك الولد رعب في حين يعرض لهـا أو ضيعة منعت، وإذا كـانت الحضانة لرجل روعي مـثل ذلك فيمن يتـولى من نسائه أعني في القيام ودفع المضرة إلخ، فيظهر بحـسب ما ذكره الناس في عيوب الزوجين وما تقدم في قول المختصـر: والأصحّ منه الأجذم إلخ أن الجذام مانع وإن لم يضر مع كونه يعدي كـثيراً بقدرة الله تعالى عندها لا بهـا. وقوله: ورشد احترز به من الـسفيهة والـسفيه، وظاهره أن السفـيهة لا حضانة لها مطلقًا، وقـد قسمها اللخمي إلى أربعة أقسام، وقـد اختلفت الفتوى في المسألة والحق الذي لا يتبع غيـره، وقاله اللخمي وغيره أن الـسفيهة المولى عليهـا إذا كان لها صيانة وقيـام غير متلفة للـقدر الذي تقبض فلها الحضـانة وإلاّ فلا، ولعله من أفتى بالحضـانة أراد هذه، ومن أفتى بغيرها أراد غـيرها، وقف على كلام الناس في الشرح وما اعترض به الناس وما ردّ عليهم به إن شئت أن تطلع على مـا هو حق وقوله لا إسلام، أي ليس هو شـرطًا في وجوب الحضانة، فـهو معطوف على قـوله: العقل قبله، وقولـه: لا إسلام أي وهي في رتبة غيـرها من المسلمات، وبه تفهم أن قـول المتن ثم الخالة إلخ أن لا فرق في التـرتيب المذكور بين مسلم وكـافر، وهذا ظاهرها كما في أبي الحـسن. وقوله: وضمت إلخ ظاهر قولهم أن الضـم واجب عند الخوف ولا وجوب عند عدمـه. وقوله: وللذكـر من يحضن أي من يليق للحـضانة زوجة أو سـرية كمـا تقدم، زاد اللخمي أو غيرها وهو في التوضيح أيضًا: ويشترط في الزوجة ومن ذكر معها ما يشترط في المرأة الحاضنة لنفسها كـما تقدم في كلام اللخمي وذكره ابن عرفة وغـيره، فلا تكون هذه المرأة مجنونة ونحـو ذلك، وكان هذا يدخل في قـوله: وشرط الحـاضن إلخ. وقـوله: وللأنثى الخلو عن زوج دخل أي بها وإن لم يدخل فهي على حضانتها وهذا هو المذهب، والفرق أنها بعد الدخول تشتغل بمسائل الزوج عن المحضون، وظاهر المتن أن الـسقوط بنفس الدخول ولو لم يحكم حاكم بذلك، هو كذلك على ما يظهـر رجحانه قد ذكرنا الخلاف في المسـألة بالشرح، وظاهر المتن: ولو أجنّت للنكاح فإن الدخول بها يسقط حضـانتها وهو كذلك. وقوله: إلاّ أن يعلم ويسكت العام يعني أن الأم إذا دخل بها وسكت من له الحضانة عامًا سقطت حضانته لأنه يعد بذلك تاركًا لحقه، وظاهره

كان سفيهًا في عقله ذا طيشٍ وقلّة ضبط لا يحسن القيام بالمحضون ولا أدبه، أو كان سفيهًا في المال يبذّر ما يقبضه قبلَ انقضاء الأمد قال، وأمّا إن كان سفيهًا مولى عليه ذا صيانة وقيام بالمحضون فلا يسقط حقّه من الحضانة ا هـ. نقله الشّارح بهرام ابن غازيٍّ قوله: ورشدٌ قد علمت كلام اللّخميّ فيه وقال المتيطيّ: اختلف في السّفيهة، قيل لها الحضانة وقيل لا حضانة لها ابن عرفة: نزلت ببلد باجة فكتب قاضيها لقاضي الجماعة يومئذ بتونس وهو ابن عبد السّلام فكتب إليه بأن لا حضانة لها فرفع المحكوم عليه أمره إلى سلطانها الأمير أبي يحيى ابن الأمير أبي زكريّاء فأمر باجتماع فقهاء الوقت مع القاضي المذكور لينظروا في ذلك فاجتمعوا بالقصبة. وكان من جملتهم ابن هارون والأجميّ قاضي الأنكحة حينئذ بتونس فأفتى القاضيان وبعض أهل المجلس بأن لا حضانة لها وأفتى ابن هارون وبعضُ أهل المجلس بأنّ لها الحضانة، ورفع ذلك إلى السّلطان المذكور فخرج الأمر بالعمل

وجدها عند تمام العام زوجة أو طالقًا وهو كذلك، وكلام ابن رشد فيه إيهام ولكن مراده آخر. وقوله: إلاّ أن يعلم ظاهره أنه إذا لم يعلم لا يسقط بعام وهو كذلك، وظاهر أن الجدة إذا سكتت سنة بعد تزوج البنت ودخولها وعلمها بذلك أنه يسقط حقها وحق من بعدها وهو كذلك، وظاهره أنه إذا سكت عامًا بعد علمه بدخول الزوج جهلاً بالحكم أنه يلزمه السقوط، وهو كذلك على ما يظهر من كلام الأجهوري، لكن في أنقال الشيخ ميارة عن محمد عن مالك أنها معذورة وهذا أقوى لأنه نص صريح عن الإمام، ولكن انظر في الشرح عند قول المتن: لو جهلت العتق لا الحكم، وعند قوله: ولا تعود بعد الطلاق، وقوله: أو يكون محرمًا أي الزوج والمراد أنه محرم للمحضون، وقوله: أو وليًا أي وليس بمحرم بدليل عطفه على المحرم وهو يقتضي المغايرة، وابن العم يكون محرمًا للمحضونة بنفس الدخول لا قبل ذلك بخلاف الخال مثلاً فإنه محرم بالأصالة، وابن العم ونحوه بالعروض، ولذلك إذا تزوجت الحاضنة بالمحرم الأصلي تبقى بنتها بيدها، وإن كان ثم من هو أقرب من الحاضنات فارغة من الزوج بخلاف ابن العم مثلاً ولا تغتر بكلام ابن عاشر ولكن لا بدّ لا بدّ من نظر الشرح في هذا، ومحرمة الأجنبي غير الولي التي تحصل بالدخول لا عبرة بها، وإلاّ لزم أن الأم المدخول بها لا تسقط حضانتها وذلك غير صحيح. وقوله أو وليًا يدخل فيه الوصي وقد قال المصنف في كتاب الحجر: والولي الأب ثم وصيه وإن بعد. وقال في النكاح: وركنه ولي إلخ. ثم قال: وجبر أب ووصي، ثم قال: وهو في الثيب ولي، والذي نصّ على مسألة الحاضنة تتزوج بالوصي هو صاحب المسائل الملقوطة وعندي أنه أحرى لأنه مقدم على الخال وابن العم في الحضانة بل مقدم على الأخ إلخ. فيجب دخوله في قول المتن أو وليًا، وإن كان نقل الحطاب ربما يفهم منه شبه التبري، وكذا كلام صاحب المسائل الملقوطة والصغير بين أمه ووصي عليه حسن غاية، والمدار حفظه وحفظ الوصي ظاهر مع كونه مع أمه، وقد نزل الوصي منزلة الأب في أمور كما في حمله على السداد في مال يتيمة وغير ذلك كجبره البنت فافهم، وانظر هنا في الشرح كلامًا في أمور كثيرة في اختصارها بعض صعوبة، وكون الذكر إنما يحضن في مواضع دون مواضع. وقوله أو لا يقبل الولد غير أمه وهذا ظاهر لأن زواله

بفتوى ابن هارون وأمر قاضي الجماعة بأن يكتب بذلك إلى قاضي باجة ففعل وهو الصّواب، وهو ظاهر عموم الرّوايات في المدوّنة وغيرها. **تكميلٌ**: قال ابن عات قال المشاور وحضانة أولاد السّؤال والفقراء ومن لا قرابة لهم ينظر في ذلك السّلطان للأصاغر بالأحوط لهم وما يراه صلاحًا لهم من أحد الأبوين ا هـ. والمشاور هو ابن الفخار ا هـ. كلام ابن غازيٍّ، وكذا من شرط من له الحضانة من الرّجال وجود الأهل من زوجة، أو سرّيّة، نقله في التّوضيح عن اللّخميّ، ثمّ قال وإذا كانت الحضانة لرجلٍ روعي على مثل ذلك فيمن يتولّى الحضانة من نسائه في القيام بالمحضون ودفع المضرّة عنه. ا هـ. هذا إذا كان الحاضن والمحضون معًا ذكرين، فيشترط في الحاضن أن يكون له من يحضن، فإن كان الحاضن ذكرًا والمحضون أنثى فقال في التّوضيح عن اللّخميّ: وأمّا في الأنثى فحقّ الأولياء في حضانتها على ثلاثة أقسامٍ: ثابت، وساقط، ومختلف فيه، فيثبت فيمن بينهنّ وبينه محرمٌ، كالأخ وابنه والجدّ ويسقط في كلّ من ليس بمحرمٍ إذا كان غير مأمونٍ أو مأمونًا ولا أهل له واختلف إذا كان مأمونًا وله أهلٌ. ا هـ. باختصارٍ. ثمّ قال النّاظم رحمه الله:

وما سقوطها لعذرٍ قد بدا   وارتفع العذر تعود أبدا

وهي على المشهور لا تعود إن   كان سقوطها بتزويجٍ قرن

منها يؤدي إلى هلاكه وهو أمر ظاهر. وقوله: أو لم ترضعه المرضعة عند أمه قال ابن غازي فيه ما نصّه: صوابه عند بدلها فيعود الضمير على الأم المتقدمة، والمراد بالبدل من انتقلت له الحضانة بعد تزوج الحاضنة الأولى كما فرضها اللخمي اهـ. وكلام اللخمي هو قوله عاطفًا على ما لا يسقط الحضانة أو يكون الولد رضيعًا لا يقبل غيرها أو يقبل غيرها وقالت المرضعة لا أرضعه إلاّ عندي لأن كونه في رضاع أمه، وإن كانت ذات زوج أرفق به من الأجنبية يسلم إليها، وإن كانت الظئر ذات زوج أبين إلخ. وهذا منه بلفظه مع تبصرته، والكلام على حذف مضاف الذي هو في تقرير ابن غازي والقرينة الدالة عليه هو قول المتن، وللأنثى الخلو عن زوج ومعناه أن حضانتها تسقط بنفس الدخول كما رأيته، ومن سقطت حضانته فكيف يطلب بكون الرضاع عنده وذلك حضانة أو في حكمها فلا اعتراض على المتن، لأن حذف المضاف مع القرينة لا يعترض ويشفع لهذا الاختصار، فقول ابن غازي ومن تبعه صوابه قد لا يسلم، لأن ما دلّت عليه القرينة في حكم المذكور، فقول من قال صوابه إلخ يفهم منه أن مقابله في حكم الخطأ ليس كذلك، وقوله: أو لا يكون للولد حاضن أي غير المتزوجة، والنكرة في سياق النفي تعمّ أي لا حاضن له أصلاً لا من الرجال ولا من النساء لأن كونه عند أمه، وإن كان لها زوج أولى من الأجنبي من المحضون كما تقدم في مسألة الظئر. وقوله: أو غير مأمون أو عاجز إلخ هذان في قوة الحاضن المعدوم لأن شرط الحاضن الأمانة والكفاية كما تقدم، وإذا فقد الشرط فقد المشروط شرعًا كالمعدوم وحسًا فيرجع لقول المتن أولاً: يكون للولد حاضن، وكأنه قال: أو لا يكون له حاضن حقيقة أو حكمًا فافهم. والحاضن الغائب في حكم المعدوم أعني قبل قدومه، وقد قال في الفائق الغائب على حقّه

لفظة: ما موصولةٌ واقعةٌ على الحضانة، يعني أنّ الحضانة إذا سقطت لعذر، ثمّ زال العذر فإنّها تعود وذلك كالمرض، والسّفر، وانقطاع اللّبن فإنّ الحضانة تعود بعدَ الصّحّة والحضور وجري اللّبن. وكذا إذا وجبت لها الحضانة وهي إذ ذاك متزوّجةٌ ثمّ طلّق الزّوج، أو مات، فإنّ الحضانة تعود لها؛ لأنّها معذورةٌ بالمنع من الحضانة بسبب كونها متزوّجةً فإن وجبت لها وهي غير متزوّجةٍ فتزوّجت، ثمّ تأيّمت فلا تعود لها لإدخالها على نفسها ما يسقط حضانتها، وعلى عدم عودها في هذه الصّورة نبّه بقوله:

وهي على المشهور لا تعود إن كان سقوطها بتزويجٍ قرن

في نزع الولد من المتزوجة كالغائب في الشفعة هو على حقّه ما لم يقدم، فإذا قدم ولم يأخذ بالشفعة فلا شفعة له بعد عام اهـ. وهو حسن ظاهر. وفي ابن عرفة ما يدل لهذا. وقوله: أو كان الأب عبدًا في أنقال ابن عرفة ما نصّه: واختلفوا في الوالد العبد فسمع ابن القاسم شأن العبد ضعيف ولعله يذهب لبلد آخر فأرى أن ينظر للولد ابن القاسم إن كان قيمًا بمال سيده تاجرًا له الكفاية فهو أحق، وإن كان وغدًا يباع ويستأجر به فلا حق له. ابن رشد: قول ابن القاسم صحيح لا وجه للقول فيه، قلت: قال ابن عبد الغفور قول ابن القاسم استحسان إلخ، وهذا منه بلفظه. وقوله: وإن كان وغدًا إلخ شبهه في الوثائق المجموعة، وقال في الشامل: أو كان الأب عبدًا وهي حرة، وقيل: إن كان قائمًا بأمر السيد وجيهًا فله أخذه إلخ. وكأنه تبع ما يقتضيه كلام المختصر على عادته، وكأن ابن عرفة لم يقف على كلام ابن يونس. قال أبو الحسن على قولها بعد ذكرها الانتقال بالولد: وليس للعبد انتقاله بولده كالحر والأم أحق بهم كانت حرّة أو أمة لأن العبد لا إقرار له ولا مسكن إلخ. وفي أبي سعيد ولم يزد عليه شيئًا ما نصّه ابن يونس. قال ابن القاسم في النوادر: أرى في الاستحسان إن كان العبد التاجر له الكفاية أن يكون أحق بولده إذا تزوجت أمه، وأما العبد الخارج فلا. اللخمي: وعلى قول مالك إن لم تكن أم وكانت جدة أو خالة مملوكة فرضي من له الملك بكفالة الولد أن يكون ذلك لهما وهما أحق به من الأب إذا كان عبدًا اهـ. بلفظه. فالمصنف اقتصر على المدونة ولم يزد تبعًا لها، وكلام ابن يونس ربما يشهد لما قاله ابن رشد، ولكن العبد التاجر بصدد أن يباع في الجملة ويزال المال من يده، ولكن كلام المدونة في الانتقال وهو بخلاف الحضانة بلا انتقال، بدليل أن الخلاف في الحضانة لم يذكر فيه أن الأم حرة فالمصنف مرّ على عدم ذكر القيد لكلام عبد الغفور، وإن كان ربما يظهر رجحان القيد والعلم عند الله تعالى. وقوله: وفي الوصية روايتان هذا كثر فيه اضطراب الناس وكتبناه، والذي يظهر في ذلك أن الوصية إذا كانت أمًا فلا إشكال في كون تزوجها لا يسقط حضانتها، وأما غيرها فالظاهر أيضًا ترجيح عدم السقوط، وهذا كله إذا لم يخف على الأولاد وعزلوا في محل يليق بهم. وأما إن كان زوج الحاضنة شريرًا لا يتقي الله تعالى أو ماكرًا أو عرف بالشرّ في بلد الحكم فيها قليل والوصية ضعيفة أو بلهاء ولا حرم معها فالأولى هو السقوط أو الواجب، لا سيما إن كان الذي يأخذه من الحاضنة يليق بالحضانة غاية، وهذا يفهم من كلامهم في هذا الباب: ووصي الوصي

أي بإحداث التّزويج واستئنافه بعد إن لم تكن وقت وجوب الحضانة متزوّجةً. قال اللّخميّ: كلّ امرأة سقط حقّها بسبب ثمّ زال السّبب فهي على حقّها إذا كان سقوطه بغير اختيارها، مثل أن تكون مريضةً فبرئت، أو ذات زوج في حين وجوب ثمّ طلّق، أو مات، أو سافر لحجّة الفريضة، أو سافر بها زوجها وهو جدّ الصّبيان، أو غيره من الأولياء غير طائعة، أو ما أشبه ذلك ممّا تبيّن به عذرها. قال مالكٌ في كتاب محمّد وإذا تركت ولدها من عذر بأن مرضت، أو انقطع لبنها، أو جهلت أنّ ذلك لها، فلها انتزاعه قال أبو عمران في الّذي ينتقل إلى بلد من البلدان فيأخذ ولده من أمّه، ثمّ يرجع إلى البلد هل يردّ إليها الولد؟ فقال نعم يرجع إلى حضانة الأمّ فقيل له فلو خرجت إلى ميراث لها في بلد تطلبه، ثمّ رجعت فقال ترجع إليها الحضانة. ا هـ. ومقتضاه أنّ حقّ الحضانة يسقط حالّ حصول العذر ا هـ. من حاشية اللّقانيّ على التّوضيح وفي الوثائق المجموعة: فإن أسلمت المرأة ابنها المرضع إلى أبيه فلمّا فطم أرادت أخذه، فإن كان إسلامها له عذرٌ مثل أن تكون لا لبن لها قبل عذرها واستردّت ابنها بعد فطامه إلى حضانتها. وفي طرر ابن عات: وكذلك إذا مرضت، أو سافرت سفرًا لا يكون لها حمل المحضون إليه فلها أن تأخذه إذًا رجعت، أو صحّت، ذكره ابن رشد وفي المقرّب قلت، فإن تزوّجت وهو صغيرٌ فأخذه أبوه، أو أولياؤه، ثمّ مات عنها زوجها، أو طلّقها أيردّ إلى أمّه؟ قال لا إذا أسلمته مرّةً فلا حقّ لها فيه وهو قول مالك ا هـ. والحاصل أنّ ما كان من الأعذار اختياريًا أدخلته الحاضنة على نفسها كالتّزويج فإنّها لا تعود بعد ذهابه وما دخل عليها من الأعذار اضطرارًا، أحبّت أم كرهت مثل انقطاع اللّبن والمرض، فإنّها تعود بعد زواله، والله أعلم.

وحيث بالمحضون سافر الوليّ ... بقصد الاستيطان والتّنقّل
فذاك مسقطٌ لحقّ الحاضنة ... إلاّ إذا صارت هناك ساكنه

كالوصي، وكذا مقدم القاضي، فافهم هذه الأمور وادع لمن قرب ونفسه أتعب بالمغفرة العامة والرحمة التامة، وبهذه الأمور تعرف ما في الشارح فلا تطيل بتتبعه.

(ص): وحيث بالمحضون سافر الولي، إلى آخر البيتين. كلام هذا الشارح في شرح البيتين حسن، لكن بقيت مسائل قف عليها في الشرح إن شئت، ولكن أذكر لك شيئًا من ذلك قال في المختصر: وأن لا يسافر ولي حر عن ولد حر وإن رضيعًا، أو تسافر هي سفر نقلة لا تجارة وحلف ستة برد وظاهرها بريدين إن سافر لأمن وأمن في الطريق وله في بحر إلاً أن تسافر هي معه لا أقل. فقوله: وأن لا يسافر ولي أي جميع من له ولاية على المحضون من وصي ومقدم وقريب وظاهره ولو لم يكن وليًا على ماله، ويدل قول ابن فتوح وكذلك الأولياء هم بمنزلة الأب إذا كانوا أهلاً لحضانته. وفي الكافي شيء لم أره عند غيره، نعم ولاية المال كالوصي مقدم على غيره. وقوله: ولي حر أي لا عبد وظاهره كيفما كان العبد وهو ظاهر كلامهم هنا وظاهره كان ولد العبد

يعني أنّ الصّبيّ إذا كان عند حاضنته، ثمّ أراد وليّه أبًا، أو أخًا، أو غيرهما أن يسافر بقصد الاستيطان والإقامة على التّأبيد، وأراد أن يذهب بالصّبيّ معه فله ذلك ويقال للحاضنة؛ إمّا أن تنتقلي للبلد الّذي انتقل إليه الوليّ والمحضون، وإلاّ سقطت حضانتك ابن الحاجب ويسقط حقّ الأمّ وغيرها من الحضانة إذا سافر وليّ الطّفل الحرّ أبًا، أو غيره سفر نقلة ستّة برد ولو كان رضيعًا، لا سفر تنزّه، أو تجارة إلاّ أن تسافر وهي معه التّوضيح: دخل في قوله أبًا، أو غيره الوصيّ وغيره. وقوله: الحرّ يصحّ أن يكون صفةً للوليّ، أو الطّفل وقوله: ستّة برد هو بيانٌ للسّفر المسقط، يعني وأمّا لو سافر سفرًا قريبًا فإنّ ذلك لا يسقط حضانتها لإمكان نظر الوليّ، وهذا التّحديد لمالك في الموّازيّة، وقوله «ولو كان رضيعًا مبالغةٌ وهو المشهور بشرط أن يقبل غير أمّه ولابن القاسم ليس له أخذه إلاّ أن يكون فطيمًا قد استغنى عن أمّه ولمالك في الموّازيّة لا يخرج بهم حتّى يثغروا وقوله: إلاّ أن تسافر هي معه أي إلاّ أن تتبعه فهي على حضانتها، ولا كلام للوليّ. بعض شيوختنا. وإن كان للولد وليّان وهما في العقد سواءٌ فسافر أحدهما فليس له الرّحلة بالولد، والمقيم أولى لبقاء الولد مع أمّه، وكذلك إن لم يكن له أمٌّ؛ لأنّه هو المقدّم في إنكاحها إن كانت أنثى.

فرعان: الأوّل: قال جماعةٌ يشترط في إسقاط الحضانة بالسّفر أن تكون الطّريق مأمونةً

أمة حرة أو أمة وهو كذلك. وقوله: عن ولد حر إلخ مفهومه أن الولد العبد النظر فيه لسيده وهو كذلك، والولد يشمل الذكر والأنثى وهو كذلك هنا. وقوله: أو تسافر هي أي الحاضنة وكذا الحاضن الذكر والمصنف تابع لغيره وكان ذلك هو الغالب أي الحاضن يكون أنثى ويتصور الأخذ من الحاضن الذكر كالجد للأم على ما ذكره اللخمي أنه يحضن، ومررنا على أن مرتبته بعد مرتبة الجد للأب يليه، فإن العم يأخذ منه المحضون عند سفره وهذا ظاهر. وقوله: سفر نقلة أي سفر انقطاع واستيطان[٩١] بالمحل المنتقل إليه وهو راجع لسفر الولي والحاضنة. وقوله: لا تجارة وأخرى سفر نزهة لأن التجارة محتاج إليها في المعاش وهي مظنة للطول. وقوله: وحلف أي الولي لا الحاضنة كما يفهمه اللبيب بسرعة وظاهره حلف الولي متهمًا كان أو لا، واستحسن بعضهم قصر الحلف على المتهم ولكن ابن عرفة جعل هذا القول مقابلاً لما قبله للحلف مطلقًا. وقوله ستة بردٍ به الفتوى في سفر الولي والحاضنة والحلف هنا على أنه قصد الاستيطان، ومنهم يفهم أنه لا يلزمه إثبات تقرر استيطانه وذلك هو القول الجيد والراجح، ولذلك المصنف اقتصر على اليمين، والراجح أيضًا حلفه مطلقًا متهمًا كان أو لا كما أشرنا إلى ذلك في الجملة. وقوله: إن سافر لأمن وأمن في الطريق هذا غير خاص بسفر الولي بل التغرير بالولد يمنع مطلقًا حتى أن الأم إذا أرادت به الخروج لنحو بريدين لا تخرج بلا هذين الشرطين. وقوله: إلاّ أن تسافر إلخ أي فيبقى ولدها معها كان الولي لم يسافر. وقوله: ستة برد على ما به العمل هذا راجع لسفر الولي وسفر الحاضنة فافهم هذا واستعن به على ما تركه هذا الشارح.

---

(٩١) استيطان: أقام واستوطن.

يسلك فيها بالمال والحريم، وكذلك البلد الّذي ينتقل إليه ولا يشترط عدم ركوبه به البحر، قاله ابن الماجشون: لقوله تعالى: ﴿هو الّذي يسيّركم في البرّ والبحر﴾ [يونس:٢٢] والثّاني: إذا قلنا للوليّ الانتقال بالولد فلا يكون الوالي أحقّ حتّى يثبت عند حاكم البلد الّذي فيه الحاضنة أنّه قد استوطن الموضع الّذي رحل إليه. ا هـ. ببعض اختصار. قال النّاظم:

وبمنع الزّوجان من إخراج من ... من حين الابتناء معهما سكن

من ولد لواحد أو أمّ ... وفي سواهم عكس هذا الحكم

يعني إذا بنى الزّوج بزوجته فأتت معها بولدها الصّغير، أو وجدت عنده ولداً له صغيراً وسكن ذلك الولد معهما ثمّ أراد إخراج ولدها، أو أرادت إخراج ولده عنها فليس ذلك له، ولا لها ويجبر الممتنع منهما على السّكنى مع ذلك الولد، وكذلك إذا وجدت عند الزّوج أمّه وسكتت ثمّ امتنعت من السّكنى معها فليس لها ذلك. وعلى هذا نبّه بالبيت الأوّل وبشطر الثّاني وأشار بقوله وفي سواهم عكس هذا الحكم إلى أنّه إذا بنى بزوجته ولم تأت معها بولد، أو لم تجد عنده ولداً، ثمّ أرادت أن تأتي بولدها، أو أراد أن يأتي بولد له، وامتنع الآخر فإنّ له ذلك، ولا يجبر على السّكنى معه وإنّما يجبر الممتنع من السّكنى معه إذا لم يدخل عليه من أوّل وهلة، إذا كان للولد وليّ حاضنٌ يمكن دفعه إليه، وإلاّ أجبر الممتنع على السّكنى معه. وإن لم يدخل عليه ابتداءً ففي سماع أشهب وابن نافع من كتاب الطّلاق من العتبيّة، وسئل عن امرأة خطبها رجلٌ، لها بنتٌ صغيرةٌ لم تل نفسها فتزوّجها وهو يعلم بذلك، ثمّ بنى بها، وابنتها معها، ثمّ قال لها بعد ذلك أخرجي ابنتك عنّي، أترى ذلك له؟ فقال له: ما أرى ذلك له. قال ابن رشد: ظاهر قوله أنّه إذا تزوّجها وهو يعلم بابنتها، ثمّ بنى بها وهي معها فليس له أن يخرجها عنها وفي طرر ابن عات ممّا سئل عنه ابن زرب وإن بنى بها والصّبيّ معه، ثمّ أرادت بعد ذلك إخراجه عن نفسها لم يكن لها ذلك لدخولها عليه وفي سماع سحنون: عن ابن القاسم من كتاب طلاق السّنّة من العتبيّة أنّه ليس للرّجل أنّه يسكن أولاده من امرأته مع امرأة له أخرى في بيت واحد ومسكن واحد يجمعهم إلاّ أن ترضى بذلك، وفي سماع ابن القاسم عن مالك من كتاب النّكاح من العتبيّة وسئل مالكٌ عن امرأة تزوّجها رجلٌ فأسكنها مع أبيه وأمّه فشكت الضّرر في ذلك فقال

تنبيه: قول المصنف: وأثبتها أي الأمانة هو المذهب وهو شامل للحاضن المقيم والمتقل في انتقاله وبعد وصوله وهو الذي يعمل به لرجحانه، وقد بيّنا ذلك في الشرح غاية وإن وقع في المسألة اضطراب، قف على ذلك في الشرح ولله درّ المصنف.

(ص): ويمنع الزوجان من إخراج من إلخ.

مالكٌ ليس له أن يسكنها معهما فقيل له إنّه يقول: إنّ أبي أعمى وأغلق دوني ودونه بابًا قال ينظر في ذلك، فإن رئي ضررٌ كأنّه يقول إن رئي ضررٌ يحولّها عن حالها. ا هـ. وفي طرر ابن عات: سئل ابن زرب رحمه الله إذا تزوّج الرّجل امرأةً وله ولدٌ صغيرٌ من غيرها فأراد إسكانه معها بعد البناء، وأبت هي ذلك إن كان له من يدفعه إليه من أهله ليحضنه له ويكفله أجبر على إخراجه عنها، وإن كان لا أهل له لم يكلّف إخراجه، وأجبرت هي على البقاء معه، ثمّ قال وكذلك الزّوجة إذا كان لها ولدٌ صغيرٌ مع الزّوج هذا حرفًا بحرف. ا هـ.
تنبيهٌ: ظاهر قوله: أو أمّ أنّ الأمّ تجري على هذا التّفصيل الّذي في الولد وأنّها إن كانت مع ابنها يوم البناء ألزمت الزّوجة بالسّكنى معها، وإلاّ فلا، وليس كذلك، بل لا تجبر الزّوجة على السّكنى مع أمّه، أو أبيه مطلقًا، سواءٌ كانا معه حين البناء، أو لا ولكن هذا في ذوات القدر، وأمّا الوضيعة فلا التّوضيح: قال مالكٌ وليس له أن يسكن معها أبويه إلاّ برضاها قال في البيان لما عليها من الضّرر باطّلاعهم على أمرها وما تريد أن تكتمه عنهم من أمرها.
قال ابن الماجشون في المرأة تكون هي وأهل زوجها في دار واحدة فتقول: إنّ أهلك يؤذونني فأخرجهم عنّي، أو أخرجني عنهم، ربّ امرأة لا يكون لها ذلك لكون صداقها قليلاً وتكون وضيعة القدر، ولعلّه أن يكون على ذلك تزوّجها، وفي المنزل سعةٌ، فأمّا ذات القدر فلا بدّ له أن يعزلها، وإن حلف أن لا يعزلها حمل على الحقّ أبرّه ذلك، أو أحنثه. قال في البيان: وليس قول ابن الماجشون عندي خلافًا لقول مالك ا هـ. وقد تلخّص من هذا أنّ في الأولاد تفصيلاً غير الّذي في الزّوجة ففي الأولاد يفرّق بين أن يسكنوا من أوّل وهلة، أو لا وفي الزّوجة يفرّق بين أن تكون ذات قدر، أو وضيعةً، (وهذا ظاهرٌ من قول الشّيخ خليل ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلاّ الوضيعة كولدٍ صغيرٍ لأحدهما إن كان له حاضنٌ إلاّ أن يبني وهو معه والله أعلم).

قوله: **(وهذا ظاهر من قول الشيخ خليل: ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلاّ الوضيعة كولد صغير لأحدهما إن كان له حاضن إلاّ أن يبني وهو معه والله أعلم)** قول خ: ولها الامتناع إلخ معناه هي مخيّرة إن شاءت سكنت مع أقاربه وإن شاءت أن لا تفعل فلها ذلك، ودخل في أقاربه أمه وأبوه، وأما مع أم الولد فانظر ذلك في الشرح. وقوله: إلاّ الوضيعة هي وضيعة القدر وذات صداق يسير ومقابلها ذات القدر واليسار، وهذا ما لم يتحقق ضرر أهله بها كما في المتيطي وهو حق لا ضرر ولا ضرار وهذا أمر معلوم ولذلك لم ينبه عليه المصنف. وقوله: كولد صغير وأما الكبير فهو داخل في قول المصنف مع أقاربه. وقوله صغير أي شخص صغير فيشمل الذكر والأنثى. وقوله: وهو معه أي وعالم به وإلاّ فلا لزوم إلخ. **تنبيه:** الوضيعة لا تصدق في الضرر إلاّ إذا أثبتته، ولكن يجب أن يتنبه القاضي لأمور هنا تصدر ممّن لا يخشى سطوة الله سبحانه، وهي أن الوضيعة تسكن مع أهل الزوج ويضر بها أهله وليس ثم من يشهد لها إلاّ الساكنون معه بخيامهم من أقاربه والزوج يمنعها من إتيان القاضي ويخوفها غاية من إتيانه وتبقى في الضرر

باب في البيوع وما شاكلها

ذكر في هذا البـاب البيوع، وما شاكلهـا أي، وما شابههـا وكان مثلها في كـونه عقد معاوضة (وذلك كبيع أحد النّقـدين) بجنسه، أو بنقد من غير جنسه؛ لأنّ البيع الأخصّ هو الّذي أحد عوضيه غير ذهب ولا فضّة، وكذلك المقـاصّة والحوالة والشّفعة والقسمة والإقالة والتّوليـة والتّصيير والسّلم، ونحوها ممّا أدمـجه النّاظم في هذا الباب، وفـصل بين أنواعه بالفصول دون الأبواب. وأمّا مـا فسّر به شرّاح الرّسالة قولها، ومـا شاكل البيوع من الكراء والإجارة لكونهما شـراء منفعة والبيع شراء رقبة، فلا يصحّ تفـسير كلام النّاظم به؛ لأنّه لم

لتفتدي منه أو لتبقى في عصـمته تخدمه كالأمة وهذا بالبوادي[92] كثير، وقد شاهدنا من ذلك ما يعلمه الله تعالى فليتفطن القاضي لهذا ولا بدّ ولا بدّ، ولينظر لقرائن الأحوال إن علم بحكاية هذه المسكينة المقهورة، وقد يكـون الأمر بالعكس حتى في الحاضرة تريد الوضيعـة ما لا ينبغي وتخاف من أهل الزوج أن يطلعوا لهـا على طلب ما لا ينبغي فتـهرب من السكنى معهم غـاية، حتى أن القاضي إذًا يقول لها لا عليك ويـعطيك كثيراً ويجاور معك فلان الأمين فـإنها تفر من ذلك فراراً تامًا وهي لم تثـبت ضرر الأهل بهـا، فلينظر أيضًا القـاضي في ذلك ممّا يطلعه على أمـرها، إما بتسكينها بين جيران صالحين ويأمرهم بتفقـد الأحوال، وكذلك زمان السبية والعياذ بالله تكون عند الرجل الزوجة التي لها القدر وتطلب أن لا تسكن مع الأقارب وإنما تريد السكنى وحدها، والزوج لا يقدر أن يبيت عندها كل ليلة لأمور تعرض فلينظر القـاضي في ذلك أيضًا ويجتهد، ومن طلب الحق راجيًا ثواب الله في ذلك أعين من الملك ذي القوة المتين.

كتاب البيوع وما شاكلها

قوله: **(وذلك كبيع أحد النقدين إلخ)** هذا من أفراد البيع الأعم فلا يحـسن أن يكون شبيهًا به، ونصّ ابن عرفة البيع الأعمّ عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة فتخرج الإجارة والكراء والنكاح، وتدخل هبـة الثـواب والصـرف والمراطلة والسلم والغـالب عـرفًـا أخصّ منه بزيادة ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه فتخرج الأربعة اهـ. بلفظه. وحاصله أن البيع في الشرع يطلق بمعنـى أعمّ وبمعنى أخص، والأخص أكثر استعمـالاً من الأعم. فقوله: عقد معاوضـة خرج به الصدقة ونحوها. وقوله: على غير منافع خـرج به ما ذكره في نفس حدّه وتدخل فيـه الأربعة المذكورة في الحد نفسه كما بيّنه هو بنفسه، وتدخل المبادلة والإقالة والـتولية والشركة في المشـتري والقسمة على القول بأنهـا بيع والشركة في الأموال أيضًا والأخذ بالـشفعة، وأما الشفعة فاستحقاق كما في ابن عرفة في بابها، وكذلك يدخل التصيير إلى آخر ما ذكره الناس هنا، وقد بيّنا ذلك في الشرح غاية، ويدخل أيضًا الصلح وهو قول المتن: الصلح على غير المدعي

---

(٩٢) البوادي: هي الفضاء الواسع والمراعي على أطراف البلاد.

يذكرهما في هذه التّرجمة، بل عقد لهما بابًا مستقلا. وباب البيوع ممّا يتعيّن الاهتمام بمعرفة أحكامه لعموم الحاجة إليه، إذ لا يخلو مكلّفٌ غالبًا من بيعٍ، أو شراءٍ فيجب أن يعلم حكم اللّه في ذلك قبل التّلبّس به. قال القبّاب: لا يجوز للإنسان أن يجلس في السّوق حتّى يعلم أحكام البيع والشّراء فإنّه يكون حينئذ فرضًا واجبًا عليه، كذلك الّذي يتصرّف لنفسه، أو غيره يجب عليه أن يعلم حكم ما يتصرّف فيه ولا يجوز للإنسان أن يدفع قراضًا لمن لا يعلم أحكام البيع والشّراء ولا يجوز أن يوكّل الذّمّيّ على الشّراء (ولا غيره)، (ولا يتوكّل له)، ولا يجوز أن يشارك الذّمّيّ إلاّ إذا لم يغب الذّمّيّ على بيعٍ ولا شراءٍ ا هـ. وبعد العلم بما ذكر يجب عليه العمل بما علمه ويجتهد في ذلك ويتولّى بيعه وشراءه بنفسه إن قدر، وإلاّ فغيره بمشاورته، ولا يتّكل في ذلك على من لا يعرف الأحكام، أو يعرفها ويتساهل في العمل بمقتضاها لغلبة الفساد وعمومه. والبيع مصدر باع الشّيء، يبيعه إذا أخرجه عن ملكه بعوضٍ، أو أدخله فيه فهو من الأضداد، يطلق على البيع والشّراء. وذكر الزّناتيّ في شرح الرّسالة أنّ لغة قريشٍ استعمال باع إذا أخرج، واشترى إذا أدخل قال: وهي أفصح وعلى هذا اصطلح العلماء تقريبًا للفهم، نقله الحطّاب، وفي شرح الجزوليّ على الرّسالة ما حاصله إنّ كلّ واحد من المتعاوضين بائعٌ لما خرج من يد مشترٍ لما أخذه، واصطلح الفقهاء أنّ آخذ العرض يسمّى مشتريًا، وآخذ العين بائعًا وجمع النّاظم البيع، وإن كان مصدرًا، وحقّه أن لا يجمع لصدقه على القليل، والكثير بلفظ واحد، لكنّه جمعه باعتبار أنواعه، كالعلوم والمياه؛ لأنّ من البيع صحيحًا وفاسدًا. والمبيعات: أصولٌ، وعروضٌ، وغيرهما كما يأتي قال في التّوضيح: في شرح قول ابن الحاجب البيوع ما نصّه أتى بجمع الكثرة لتعدّد الأنواع، وحدّه المازريّ بأنّه: نقل الملك بعوضٍ، وهذا يشمل الصّحيح والفاسد بناءً على أنّ الفاسد ينقل الملك، ثمّ قال: وإن قلنا لا ينقل لم يشمله لكنّ العرب قد تكون التّسمية عندهم صحيحةً لاعتقادهم أنّ الملك قد انتقل على حكمهم في الجاهليّة، وإن كان لم ينتقل على حكم الإسلام خليلٌ: وإن أردت إخراجه بوجه لا شكّ فيه فزد بوجهٍ جائزٍ. ا هـ. وحدّه ابن عرفة بقوله: عقد معاوضةٍ على غير منافعٍ، ولا متعة لذّةٍ ومكايسةٍ، أحد عوضيه

بيع إلخ. والحوالة والمقاصة والقرض على ما تراه في بابه، انظر شرحنا في ذلك، وتركنا بعض ما في هذا الشرح ممّا يتعلق بهذا الحد، وما ذكره ابن عرفة من خروج النكاح والإجارة والكراء في ذلك نظر لأنها تدخل في البيع الأعمّ، وقد بيّنا ذلك في الشرح فانظره إن شئت فقد ذكرنا في ذلك كلامًا حسنًا، وما ذكره هذا الشارح من كلام ابن عرفة فيه بتر أو شبه بتر. وقولهم هنا شرى بمعنى اشترى وباع فيه كلام باعتبار إطلاقه على الاشتراء، انظر الشرح. قوله: **(ولا غيره)** هذا فيه إيهام، قال في المختصر: ومنع ذميٍّ في بيع أو شراء أو تقاض أي توكيله في هذه الثلاثة فقط، انظر هذا في الشرح. قوله: **(ولا يتوكل له إلخ)** انظر ما فيه عند قول التحفة: وليس أن يوكل بالمرضي.

غير ذهب ولا فضّة، معيّنٌ غير العين فيه فـقوله: عقد معاوضة يشمل هبة الثّواب والصّرف والمراطلة والسّلم وأخرج به التّبرّعات، كالهبـة، والصّدقة وخرج بقوله: غـير منافع الكراء والإجارة لأنّ العـقد فيـهما على المنافع، وخـرج بقوله: ولا مـتعة لذّة النّكاح؛ لأنّه عـقد معـاوضة على متعـة التّلذّذ، وخرج بقوله: ذو مكايسـة هبة الثّواب؛ لأنّهـا على المكارمة، وخرج بقوله: أحد عوضيه غير ذهب ولا فضّة الصّرف، والمراطلة؛ لأنّ العوضين معًا ذهبٌ أو فضّةٌ، أو مجتـمعٌ منهما، وشمل قوله: أحد عوضيـه. . . إلخ ما إذا كان أحد العوضين ذهبًا، أو فضّةٌ والآخر عرضًا، وما إذا كانا معًا عرضين: ويأتي للنّاظم أنّ هذا الوجه يسمّى المعاوضة، وخرج بقوله: معيّنٌ غير العين فـيه السّلم؛ لأنّ غير العين فيه وهو المسلم فيه في الذّمّة غير معيّنٍ، والله أعلم.

مـا يـسـتـجـاز بيـعـه أقـسـام   أصـــولٌ أو عـــروضٌ أو طعـــام
أو ذهبٌ أو فـــضّـــةٌ أو ثمـــر   أو حـــيـــوانٌ والجـــمـــيـــع يذكـــر

أخبر رحمه الله أنّ ما يجوز بيـعه في نظر الشّرع ينقسم إلى ستّة أنواعٍ: الأوّل: أصولٌ وذلك، كـالدّور، والحـوائط والفنادق، والحـوانيت، والأرضين، وغـيـر ذلك. والثّـاني: عروضٌ، كـالثّيـاب، والسّلاح، والآلات، ونحوها. الثّـالث: طعامٌ كـالحبوب مـن القمح والشّعـير، والقطانيّ، وإدامٌ كـالسّمن والزّيت ومـصلحاته، كـالملح والبصل، ونحـوهما. الرّابع: ذهبٌ وفضّـةٌ وهما النّقدان اللّذان يـتعلّق بهمـا الأغراض من حيث التّنمـية المنوطة بهما. الخامس: ثمـرٌ وذلك، كالفواكه، (والمقاثي)، والخضـر، وأفردها بالذّكر، وإن كانت من جنس الطّعام لما اختصّت به عن الطّعام من اشتراط بدوّ الـصّلاح في جواز بيعها، وغير ذلك. السّادس: حيـوانٌ، كالرّقيق، والدّوابّ، والأنعام، والوحش، والطّير وفـائدة تقسيم هذه المبيعات لما ذكر اختصاص كلّ نوعٍ منها بأحكامٍ معتبرة فيه، وإن لم تعتبر في غيره على الإطلاق، كالعـيوب الموجـبة للقيـمة في الأصـول، أو للرّدّ في الحيـوان، والعروض وربا الفضل والنّسـاء في النّقدين والطّعامين، وبدوّ الصّـلاح في الثّمار، والعهـدتين في الرّقيق، وغيـر ذلك. (والمراد بالجواز) في النّطق: الجواز الأعمّ الشّـامل للوجوب وغيره قـال الإمام

(ص): ما يستـجاز بيعه أقسام. إلى آخر البيـتين. قوله: (والمقاثي إلخ) فيه مـا لا يخفاك بدليل كلامـهم على قول صـاحب المختـصر من حب أو ثمر في كـتاب الزكـاة على نسخـة ثمر بالمثلثة، وهذا الشارح تبع ابن النـاظم في هذا. وكذا في قوله: وفائدة تقسيم هذه المبـيعات إلخ، ومعنى هذا الكلام أن الإنسان إذا سـمع من الفقهاء أن الربا يحرم في النقد والطعـام دون غيرهما يعرف من ذلك أن الحيوان لا ربا فيه لكن هذا إنما يحسن، وفسّر في النظم هذه الأنواع هنا كما لا يخفـى. قوله: (والمراد بالجـواز إلخ) الأولى أن يبـقى الجواز على بـابه، وأما الوجـوب والندب فلعارض، وكـذلك الكراهة والتحـريم، فقول هذا الـشارح الأعم الشامل للوجـوب هذا باعتـبار

الحطّاب: والإجماع على جواز البيع من حيث الجملة وقد يعرض له الوجوب كمن اضطرّ لشراء طعامٍ أو شراب، أو غير ذلك، والنّدب كمن أقسم على إنسان أن يبيع له سلعةً لا ضرورة عليه في بيعها فيندب إلى إجابته لأنّ إبرار المقسم فيما ليس فيه ضررٌ مندوبٌ إليه، والكراهة كبيع الهرّ، والسّباع لأخذ جلودها، والتّحريم كالبيوع المنهيّ عنها وحكمة مشروعيّته الرّفق بالعباد، والتّعاون على حصول المعاش، ولهذا يمنع احتكار ما يضرّ بالنّاس ا هـ. وللبيع ثلاثة أركان: الأوّل: الصّيغة، الثّاني: العاقد والمراد به البائع والمشتري معًا، الثّالث: المعقود عليه والمرادُ به الثّمن والمثمون معًا فهي في الحقيقة خمسةٌ، ولمّا كان البائع والمشتري يشتركان في الشّروط كما يأتي قريبًا عبّروا عنهما بالعاقد، وكذلك الثّمن والمثمون يشترط في كلّ واحد منهما ما يشترط في الآخر فلذلك عبّروا عنهما بالمعقود عليه، والصّيغة ما يدلّ على الرّضا من قوله، كبعت ويرضى المشتري، أو ابتعت ويرضى البائع، (أو فعلٍ، كالمعاطاة) (وذلك فيما كانت قيمته معلومةً) فيضع المشتري الثّمن ويعطي البائع المثمون من غير لفظ، وأمّا العاقد فيشترط في صحّة انعقاد البيع أن يكون عاقده مميّزًا (فبيع غير المميّز) لصغرٍ، أو جنون، أو سكرٍ غير منعقد فضلاً عن كونه لازمًا، ويشترط في لزومه كون عاقده رشيدًا طائعًا فبيع المحجور منعقدٌ غير لازمٍ يتوقّف لزومه على إجازة حاجزه. وقد أشار النّاظم إلى هذه الشّروط بقوله في بيع الأصول ممّن له تصرّفٌ في المال وكذا المكره

العروض فحين أراد إدخاله يرد عليه أن يدخل المكروه والمحظور وذلك لا يجمعه لفظه، فافهم هذا فإنه يفهم من أنقاله عند تأملها. قوله: **(أو فعل كالمعاطاة إلخ)** وقع كلام في المعاطاة بما يلزم البيع فيها للمتعاطين، وحاصل ما تلخص من كلام ابن عرفة وابن رشد والشاطبي وغيرهم إن حصل عرف بلزوم أو ضده عمل عليه، وإلاَّ فإن حصل التقابض من الجهتين فاللزوم للمتبايعين لا إشكال فيه، وإن حصل إعطاء من أحدهما فمن لم يعط فلا لزوم له، أو من أعطى فالظاهر لزوم البيع من جهته لأن إعطاءه بمنزلة قوله بعتك، والمعاطاة تكون في الأمور التافهة وغيرها ولا تغتر بكلام الأجهوري ومن تبعه في هذا.

قوله: **(وذلك فيما كانت قيمته معلومة)** فيه نظر، انظر في الشرح على مسائل المعاطاة فإن المعتبر فيها الإعراب والقرائن وذلك يكون حتى في غير معلوم القيمة، ألا ترى إذا كان بيد زيد ثوب يبيعه فأعطاه رجل في مقابلته دينارًا وتعارفا بحسب القرائن التبايع في ذلك فمكنه صاحب الثوب منه فذلك جائز لأن المدار على وجود الرضا والمعاطاة تدل عليه وكذلك قرائن الأحوال.
قوله: **(فبيع غير المميز إلخ)** هذا هو الصحيح، وإن لم يميز لم ينفذ بيعه أصلاً، وكلام ابن عرفة مؤول، وما في المختصر هو المعول عليه وهو الذي اقتصر عليه هذا الشارح، والسكران هنا حاصل ما ذكروا فيه إن لم يكن معه تمييز فلا انعقاد ولا لزوم، وإن كان معه تمييز انعقد بلا لزوم، وملخصه أنه كالصبي هذا هو الراجح في المسألة، وقد قال كاتبه في ذلك:

ومسكر في بائع كالصغر … في ميزه وضده لا تثمر

بفتح الرّاء إذا أكره على البيع بيعه غير لازمٍ أيضًا إلاّ إذا أكره عليه في حقٍّ شرعيّ كقضاء دينٍ ونحوه فلا يشترط رضاه، وأمّا المعقود عليه فله سبعة شروط: الأوّل: الطّهارة فلا يجوز بيع نجس العين كالزّبل، ولا المتنجّس الّذي لا يقبل التّطهير كالزّيت على المشهور فيها، أمّا المتنجّس الّذي يقبل الطّهارة كالثّوب فيجوز بيعه إذا بيّن كونه نجسًا، (ويتأكّد البيان) إذا كان جديدًا، وتعدّده كذلك. الثّاني: أن يكون منتفعًا به فلا يجوز بيع الحيوان غير المأكول اللّحم إذا أشرف على الموت، وكذا مأكول اللّحم (على ما قال ابن عرفة) للغرر في حياته وحصول ذكاته لاحتمال عدم حركته بعد ذبحه. الثّالث: عدم النّهي عن بيعه فلا يجوز بيع الكلاب لورود النّهي عن ثمن الكلب وقد اختلف في جواز بيع ما أذن في اتّخاذه منها وسيأتي، (وكذا الأضحيّة)، وأمّ الولد ونحوها. : الرّابع أن يكون مقدورًا عليه فلا يجوز بيع الآبق (إن لم يعرف محلّه)، وكذا إن عرف على المشهور، وكذا لا يجوز بيع البعير الشّارد، ولا الإبل المهملة، (وكذا المغصوب) إن كان الغاصب لا تناله الأحكام إلاّ أن يباع لغاصبه وهل يشترط أن يردّه لربّه مدّةً، وحينئذ يباع لغاصبه، أو لا يشترط ذلك؟ فيه تردّدٌ. الخامس: أن يكون مملوكًا لبائعه، أو لمن ناب عنه بوكالة، أو إيصاء (فلا يجوز بيع ما ليس لك) فإن وقع، توقّف ذلك على رضا مالكه وهو المعروف ببيع الفضوليّ ويأتي للنّاظم فيه تفصيلٌ. السّادس: أن يكون ممّا يتقرّر ملك مبتاعه عليه ولو وجب عتقه إذ به يجب فلا يجوز أن يباع مصحفٌ، أو مسلمٌ لكافرٍ لعدم تقرّر ملكه عليه، فإن وقع فلا يفسخ، ويباع

قوله: **(ويتأكد البيان إلخ)** التحقيق أنه لا يجب البيان في الثوب النجس إلاّ إذا كان جديدًا أو يفسده الغسل، وكلام ح والفيشي خلاف كلام الناس، قف على هذا في الشرح عند قول المتن: وشرط المعقود عليه طهارة إلخ. قوله: **(على ما قال ابن عرفة إلخ)** الذي في المختصر وهو قوله: وانتفاع لا كمحرم أشرف يظهر أنه الحق لا كلام ابن عرفة، قف على الشرح يظهر لك هذا وبه تعرف جلالة خ في اتباعه الراجح. قوله: **(وكذا الأضحية)** المشهور في بيع الأضحية وبيع أم الولد التحريم، والمشهور أيضًا في الكلب المأذون فيه التحريم لكن شهر فيه أيضًا عدم التحريم ولم يقع هذا التشهير بالجواز في الأضحية وأم الولد كما بيّنا ذلك في الأضحية وفي كتاب أمهات الأولاد، ومع ذلك فالراجح هو التحريم في الثلاثة. قوله: **(إن لم يعرف محله إلخ)** انظر هذا عند قول التحفة: والعبد في الإباق مع علم المحل إلخ. قوله: **(وكذا المغصوب إلخ)** حاصل هذا أن بيع المغصوب من غاصبه جائز عزم ردّه أم لا ردّ لربه بالفعل أو لا، وهذا إن جهل حال الغاصب، وأما إن علم منه عدم الردّ فإنه لا يجوز بلا خلاف كما في ابن عرفة لكن ظاهرها الجواز حتى في هذا الوجه، وأما من غير غاصبه فمهما وجد الغرر منع وإلاّ جاز، فإن كان مقرًا والأحكام تناله فالجواز إذ لا غرر ومع الإنكار فالمنع وإن كانت البينة نالته الأحكام أم لا للغرر إلخ. وانظر تمامه في الشرح فإنا جلبنا في المسألة كلام الناس طويلاً. قوله: **(فلا يجوز بيع ما ليس لك إلخ)** هذا هو الراجح وأن بيع الفضولي حرام كما في المقدمات لابن رشد صريحًا،

عليه ويدخل في قولهم (مما يتقرّر ملك مبتاعه عليه) من اشترى من يعتق عليه من أقاربه فإنّه ممّا يتقرّر ملكه عليه، ولذلك وجب عتقه عليه وكان له ولاؤه. السّابع: أن يكون معلومًا، جملةً وتفصيلاً، مثمونًا كان، أو ثمنًا فلا يجوز بيع المجهول جملةً، كبيع الحوت في الماء، ولا البيع بزنة حجرٍ مجهول القدر ذهبًا، أو فضّةً ولا بيع معلوم القدر جملةً مجهول التّفصيل، كعبدي رجلين بمائة مثلاً (وهو الّذي يعبّرون عنه بجمع الرّجلين) سلعتهما في البيع إذ لا يدرى ما ينوب كلّ واحد من العبدين من المائة تنبيهٌ: إذا بيع ما يجوز بيعه، وما لا يجوز كثوبٍ وخمرٍ في صفقةٍ واحدة (فنقل في إيضاح المسالك) في ذلك تسعة أقوال: فسخ الجميع، فسخ ما قابل الحرام وصحّة ما قابل الحلال، وثالثها الأقلّ يتبع الأكثر انظر بقيّتها في ترجمة العقد هل يتعدّد بتعدّد المعقود عليه أم لا؟ قال رحمه الله:

وبيع والشّرط الحلال إن وقع مؤثّرًا في ثمنٍ ممّا امتنع

وكلام القرافي والحطاب فيه نظر حيث استدلا بظاهر التنبيهات تاركين كلام المقدمات قف على الشرح إن شئت. قوله: **(مما يتقرر ملك مبتاعه عليه)** كأنه أراد بهذا شراء الذميّ عبدًا مسلمًا أو مصحفًا، ولذلك قال في المختصر: ومنع بيع مسلم ومصحف وصغير لكافر وأجبر على إخراجه. فقوله: وأجبر على إخراجه هو يدل على أن البيع في نفسه تمّ، ولذلك يباع على ملكه زاد ثمنه أو نقص كما بيّناه في الشرح، وكأنهم أرادوا بالتقرّر تمام البيع، ودخوله في ملك المشتري والعتق عليه دليل على أنه ملكه كما بيّناه غاية عند قول المتن في كتاب العتق: وعتق بنفس الملك إلى آخره، وهذا الشرط لم يذكره صاحب المختصر تبعًا لكثير وإن كان ألمّ به في قوله ومنع إلخ وكذا غيره فافهم. ومقابل ما في المختصر من الجبر على الإخراج أن البيع فاسد يفسخ، وهذا القول هو الذي أخرجوه بقولهم يشترط تقرر الملك، وهذا القول بيّناه في الشرح وذكره أبو الحسن وابن عرفة وغيرهما. قوله: **(وهو الّذي يعبرون عنه بجمع الرجلين إلخ)** ليس هذا على عمومه ولذا قال في الشامل: ولو جهل كعبدين لرجلين بثمن واحد فالأشهر المنع وفسخ إن نزل، فإن فات مضى بالثمن مفضوضًا على القيم، وقيل: الأشبه أن يمضي بالقيمة فإن سميا لكل ثمنًا أو قومًا أو دخلا على التساوي بعد التقويم جاز اهـ. بلفظه، وهو تابع في ذلك لابن عبد السلام وغيره، وقد بينا في الشرح وجه هذه الصورة الجائزة بأنها لا جهل فيها فلا ترده على من أطلق كالشيخ خليل في المختصر من الذين يطلبون الاختصار، ولكن من لا يعتني بالاختصار غاية ينبغي أن يذكر ذلك أو يجب عليه، وقول المختصر: وجهل بثمن أو مثمون ظاهره كان الجهل من كلا المتبايعين أو من أحدهما فقط وهو الراجح، وهل في علم أحدهما يقيد الفساد بعدم علم هذا العالم بجهل صاحبه أو لا يقيد فيكون الفساد مطلقًا؟ ابن رشد: يقيد وهو الذي يظهر رجحانه، ولكن لا بدّ من الوقوف على كلام الناس في الشرح هنا وعند قوله عدم حرمة ولو لبعضه إلخ. قوله: **(فنقل في إيضاح المسالك)** مرّ في المختصر على القول الأول وهو قوله: وعدم حرمة ولو لبعضه، انظر الشرح ففيه كلام، وانظره في علم أحدهما فقط بالفساد على حسب ما قدمناه قريبًا.

وكلّ ما ليس له تأثير في ثمنٍ جوازه مأثور
والشّرط إن كان حرامًا بطلا به المبيع مطلقًا إن جعلا

يعني أنّ البيع إذا وقع مصاحبًا للشّرط فإمّا أن يكون ذلك الشّرط حلالاً، أو حرامًا. فإن كان حلالاً ففيه تفصيلٌ، إن وقع مؤثّرًا في الثّمن جهلاً مثلاً فهو ممنوعٌ، والبيع فاسدٌ، وإن لم يؤثّر في ذلك فهو جائزٌ، والبيع صحيحٌ والشّرط معمولٌ به وإلى هذين الوجهين أشار بالبيت الأوّل والثّاني، وإن كان الشّرط حرامًا بطل به البيع مطلقًا، أي أثّر جهلاً في الثّمن، أو لا، وإلى هذا الوجه أشار بالبيت الثّالث، (فمثال الشّرط الحلال) المؤثّر في الثّمن جهلاً: أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ما اشترى منه، ولا يهبه فنفس الشّرط وهو كون المشتري يتمسّك بما اشترى ولا يبيعه ولا يهبه حلالٌ جائزٌ. واشتراطه الدّخول عليه ممنوعٌ؛ لأنّ البيع على هذا الشّرط إنّما يكون غالبًا برخصٍ ونقصٍ عن ثمن ذلك المبيع لو لم يشترط ذلك في بيعه لما فيه من التّحجير على المشتري، ومقدار ما انتقص من الثّمن لأجل ذلك الشّرط مجهولٌ والجهل في الثّمن لا يجوز ويفسد به البيع، ومثاله أيضًا أن يشترط أحد المتبايعين على الآخر أن يسلّفه دراهم طعامًا مثلاً فنفس المشروط الّذي هو السّلف جائزٌ، واشتراطه وانعقاد البيع عليه ممنوعٌ؛ لأنّه إن كان السّلف من البائع فإنّما يبيع غالبًا بأكثر من القيمة لأجل السّلف. وإن كان من المشتري فإنّما يشتري غالبًا بأقلّ لأجل السّلف أيضًا، ومقدار ما ازداد في الثّمن، أو انتقص بسبب الشّرط مجهولٌ، والمجهول في الثّمن ممنوعٌ يفسد به البيع، ولو تحقّقنا أن لا زيادة في الثّمن ولا نقص؛ لأنّ القاعدة أنّ الحكم إذا علّل بعلّة غالبًا اكتفي بغلبتها عن تتبّعها في كلّ صورة صورة، إعطاءً للنّادر حكم الغالب قاله في التّوضيح، وعبارة ابن عرفة في ذلك الحكم المعلّق بالمظنّة لا يتوقّف على تحقّق الحكمة ا هـ. وعلّل بعضهم المنع في المثال الثّاني بأنّ السّلف صار بسبب اشتراطه من جملة الثّمن، والانتفاع به مجهولٌ ا هـ. وما علّلنا به أظهر، واللّه أعلم. والمنع في المثال الأوّل أشدّ؛ لأنّ فيه زيادةً على التّأثير في الثّمن علّةً أخرى للمنع وهي كون ذلك المؤثّر من باب اشتراط ما يوجب الحكم خلافه؛ لأنّ الحكم يوجب جواز تصرّف المشتري فيما اشتراه على أيّ وجه

(ص): والبيع والشرط الحلال إن وقع إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: **(فمثال الشرط الحلال إلخ)** حاصل ما ذكره إن شرط أن لا يبيع مثلاً فيه أنه يؤثر جهلاً في الثمن وفيه التحجير وفيه أنه مناقض للعقد وشرط السلف فيه فإنه أثر في الثمن جهلاً والجهل ممنوع في البيوع إلخ. والناس إنما علّلوا الأولى بالتحجير وبأنه شرط يناقض المقصود من العقد. والثانية بأن السلف يخل بالثمن بأن السلف لا يجوز أن ينتفع بسببه المسلف، ولذا قال البرزلي: كل عقد جمع معه السلف فهو فاسد، انظر شرحنا عند قول المتن: وبيع وصرف إلخ، وما زاده هذا الشارح من التعليل قد لا يسلم ولذلك قال في المختصر: وكبيع وشرط يناقض المقصود، ثم قال: أو يخل بالثمن فاقتصر على

شاء، ممّا أباحه الشّارع من بيعٍ، أو هبة، أو غير ذلك، فالتّحجير عليه بأن لا يبيع ولا يهب شرطٌ مناقضٍ لمقتضى عقد البيع، واشتراط مثله ممنوعٌ ويفسد به البيع، ومثال الشّرط الحلال الّذي لا يؤثّر في الثّمن اشتراط المشتري كون الثّمن إلى أجلٍ معيّنٍ غير بعيد جدًّا. واشتراط البائع في الثّمن المؤجّل، أو المعجّل أن يعطيه فيه رهنًا، أو حميلاً فإنّ ذلك كلّه جائزٌ بنصّ الكتاب العزيز فلا يتوهّم فيه أنّه من الشّرط المؤثّر في الثّمن، وهذا شرطٌ صحيحٌ معمولٌ به وهو ممّا لا يقتضيه عقد البيع، ولا ينافيه وفيه مصلحةٌ للبائع ويندرج في هذا القسم الشّرط الّذي يقتضيه عقد البيع كالرّجوع بدرك العيب والاستحقاق، ويعمل به ولو لم يشترط، واشتراطه تأكيدٌ، ومثال الشّرط الحرام من باع أمةً رفيعةً واشترط على المشتري (لا يمنعها الدّخول والخروج)، أو اشترط كونها مغنّيةً، أو باع دارًا واشترط اتّخاذها مجمعًا لأهل الفساد فالشّرط حرامٌ. والبيع به فاسدٌ، وإذا فسد البيع بالشّرط الحلال المؤثّر في الثّمن فأحرى أن يفسد بالحرام المؤثّر كالمثال الأوّل والثّالث من هذا القسم، فلا فرق في الشّرط الحرام بين كونه مؤثّرًا في الثّمن، أو لا، وعلى ذلك نبّه بالإطلاق، فقوله: والبيع مبتدأٌ خبره ممّا امتنع والشّرط عطفٌ على البيع، ويصبح نصبه على المعيّة والحلال نعتٌ للشّرط على الوجهين ومؤثّرًا حالٌ من فاعل وقع العائد على الشّرط «وفي ثمنٍ «يتعلّق بمؤثّر»، وجواب الشّرط محذوفٌ لدلالة الخبر عليه وهو ممّا امتنع وكلّ مبتدأٌ مضافٌ إلى ما وهي نكرةٌ موصوفةٌ واقعةٌ على شرط، أي كلّ شرط. وجملة «ليس له تأثير» صفة ما، وجملة جوازه مأثور من المبتدأ، والخبر خبر كلّ ومأثورٌ، أي مرويٌّ، والشّرط مبتدأٌ خبره جملة الشّرط وجوابها، ومرّ إن كان حرامًا بطلا به المبيع مطلقًا، وإن جعل حشوٌ مستغنًى عنه؛ لأنّ معناه إن وقع وذلك هو فرض المسألة، والمبيع فاعل بطل وهو بمعنى البيع أو على حذف مضافٍ، أي بطل بيع المبيع.

تنبيهاتٌ: الأوّل: المنع في الشّرط الحلال المؤثّر في الثّمن (مقيّدٌ بما إذا استمرّ) المتبايعان على شروطهما، أمّا إن أسقطاه فإنّ البيع يصحّ، وكذا يقيّد المنع أيضًا في المثال الأوّل وهو أن لا يبيع بما إذا عمّم، أو استثنى قليلاً كقوله للمشتري على أن لا يبيعه جملةً، أو لا يبيعه

هذا، ولكن في كلام ابن الحاج ما يشعر بذلك، وصاحب النظم تابع له في هذا التقسيم الذي في النظم، وربما يكون الأمر في هذا سهلاً. قوله: **(أن لا يمنعها الدخول والخروج)** تأمل هذا فإنها إذا عرفت بالصيانة وتخرج مستترة فإن هذا خروج غير حرام كما لا يخفى تأمل إطلاقه وكثير من الإماء لا يمنعن من الخروج وإن كن رائعات لأجل قضاء مآرب لهن أو لساداتهن معروفة.

قوله: **(مقيد بما إذا استمر إلخ)** حاصل ما في المقدمات لابن رشد أن البيع الذي وقع فيه شرط مناقض كله يصح بحذف الشرط، وكذلك إسقاط شرط السلف ما عدا مسألة وهي شراء الرجل السلعة، على أنه فيها بالخيار إلى أجل بعيد لا يجوز الخيار إليه فإنه يفسخ البيع على كل

إلاّ من فلان. وأمّـا إذا خصّ ناسًا قليلين كقـوله بعه لمن شئت إلاّ لفـلان، أو لبني فلان، وهم قليلونٌ جدًّا بالنّسبة إلى غيرهـم فلا يمتنع هذا الشّرط، إذ لا تحجير فيهِ ولا بدّ ولا تأثير في الثّمن. الثّاني: اعلم أنّه لا فرق في اشتراط السّـلف بين كونه بدلالة المطابقة كما تقدّم، أو بدلالة الالتـزام وذلك كمن باع شـيئًا لمن له عـليه دينٌ حالٌّ، واشـترط هذا البـائع على المشتـري عدم المقـاصّة، بل يقـتضيـه ثمن هذا المبيع. ويبـقى الدّين على حلوله فـهذا بيعٌ واشتـراط سلف؛ لأنّ من أخّـر ما أوجب له عـدّ مسلّفًـا، والمسلّف هنا المشتـري من هذا المدين. انظر الحطّاب، أو فـصل المقاصّة. الثّـالث: اعلم أنّ النّاظم قسّم الشّـرط المصاحب لعقد البيع إلـى حلال وحرامٍ، وقسّم الحلال إلى مؤثّرٍ في الثّمن وغـير مؤثّرٍ، وتلخّص من حكمهما أنّ الشّـرط الحرام والحلال المؤثّر في الثّمن، البيع معهمـا فاسدٌ والشّرط باطلٌ وأنّ الشّرط الحلال الّذي يؤثّر في الثّمن، البيع فيه صـحيحٌ والشّرط معمولٌ به. وبقي عليه قسمٌ ثالثٌ توسّط بينهما، البيع فيه صحـيحٌ والشّرط باطلٌ، وذلك كمن اشترط في بيع الجارية، أو العبد كونهمـا عريانين من غير ثوبٍ أصلاً، وكمن اشترط ثمـارًا، أو حبًّا مع أرضه قبل وجوب الزّكاة واشترط الزّكاة على البائع، وكاشـتراط البائع أن لا عهدة عليه في عيبٍ، أو استـحقاق، أو لا جـائحة عليـه في ثمارٍ ونحوها، أو لا مـواضعة في الجـارية الّتي فيـها المواضعة، أو اشترط أنّه إن لم يأت المشترط بالثّـمن إلى أجل كذا، فلا بيع بينهما فالبيع في هذه الفروع صحـيحٌ، والشّرط باطلٌ إلاّ إذا اشترط البـائع في آخرها أنّ عقد البـيع متوقّفٌ على دفع الثّمن فإنّ الـبيع لا ينعقد إلاّ بدفعـه. وكذا البيع على شرط عدم المقـاصّة، وكذا اشتراط من اشـترى بدينٍ أنّ الدّين لا يحلّ بموته على أحد القولين وقـد أشار الشّيخ خليلٌ

حال، ولا يمضي إن رضي مـشترط الخيـار بترك الشرط لأن رضاه بذلك ليس بتـرك منه للشرط، وإنما هو مختار للبـيع على الخيار الفاسد الذي اشترط اهـ. بلفظه في هذه. ومـسألة أخرى ذكرها في البيان وأشار إليها ابن عرفة بقـوله ما نصّه: وهي من باع أمة على أن لا يطأها المبتاع فإن فعل فهي حرة وعليه كذا، قال: هذا يفـسخ على كل حال ولا يصحّ إسقاط هذا الشرط لأنه يمين اهـ. لكن في المفيد ما نصّـه: قال مالك لا يجوز للرجل أن يتزوج المرأة ويشترط لهـا النفقة على ابنها من غيره صغيـر وكبير، ولا يجب أن يشترط ذلك في خدمتهـا، قال ابن القاسم: ويفسخ النكاح وإن تركت المرأة الشرط إلاّ أن يكون قد بنى بهـا فيبطل الشرط ويكون لها صـداق المثل لأنه تقصر حيـاة الصبي وتطـول، ونحو ذلك لأشهـب والأبهري إلخ وهذا منه بلفظه. ثم ذكـر أنه لا يرجع على أم الربيب فيـما أنفقه هنا مطلقًـا إلاّ إذا فسخ النكاح قبل البناء ووجدها قـائمة إلخ. وإنما لم يذكر في المختصر مسألتي ابن رشد لأن مسألة الأمـة الحق فيه الله تعالى فلا يصحّ حذفه، ومسألة الخيار الحذف للشرط أخذ به فأمرهما ظاهر، وذلك لا يذكره من طلب الاختصار، وابن يونس زاد مسألة ثالثة على ما حصـر فيه ابن رشد حيث قال في كتاب الخيار مـا نصّه: قال مالك رحمه الله تعالى: ولا يجـوز في الصرف خيار وإن قرب، قـال ابن القاسم: وإن عقداه عليـه لم يجز، وإن

للوجه الأوّل بقوله في «تعداد البيوع الفاسدة»، وكبيع وشرط يناقض المقصود كأن لا يبيع ثمّ قال: أو يخلّ بالثمن كبيع وسلف ثمّ أشار إلى الوجه الثّاني بقوله: مشبهًا في الصّحّة كشرط رهن وحميل وأشار إلى الثّالث بقوله في فصل ما يتناوله البيع «والعبد ثياب مهنته»، (وهل يوفي بشرط) عدمها وهو الأظهر، أو لا؟ كمشترط زكاة ما لم يطب، وأن لا عهدة، أو لا مواضعة، أو لا جائحة أو إن لم يأت بالثّمن لكذا فلا بيع. التّنبيه الرّابع: اعلم أنّ الإمام مالكًا رضي الله عنه نزّل الأحاديث الواردة في البيع والشّرط على الأوجه الثّلاثة المذكورة، فنزّل ما ورد من فساد البيع والشّرط معًا على الشّرط الحرام والحلال المؤثّر في الثّمن، ونزّل ما ورد من جوازهما على الشّرط الحلال الّذي لا تأثير له في الثّمن. ونزّل ما ورد من جواز البيع وبطلان الشّرط على الوجه الثّالث. ابن رشد: روي أنّ عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكّة فوجدت فيها أبا حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة فقلت لأبي حنيفة ما تقول في رجل باع بيعًا واشترط شيئًا؟ فقال: البيع باطلٌ والشّرط باطلٌ، ثمّ أتيت ابن أبي ليلى فسألته فقال: البيع جائزٌ والشّرط باطلٌ، ثمّ أتيت ابن شبرمة فسألته فقال: البيع جائزٌ والشّرط جائزٌ فقلت: سبحان اللّه ثلاثةٌ من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال: ما أدري ما قالا: «إنّ رسول اللّه ﷺ نهى عن بيعٍ وشرطٍ»[93] ثمّ أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال: لا أدري ما قالا: قالت عائشة رضي الله عنها: «أمرني رسول اللّه ﷺ أن أشتري بريرة وأعتقها، وإن اشترط أهلها الولاء فإنّ الولاء لمن أعتق»[94] : البيع

أسقط الخيار قبل التفرق إلاّ أن يستقبلا صرفًا جديدًا هذا لفظه. قوله: «وهل يوفي بشرط إلخ» انظر عند شرح هذا المحل مسائل حققت هناك إن شئت، وعند قول المتن في النكاح: أو إن لم يأت بالصداق لكذا فلا نكاح وتفهم به قول وهذا الشارح هنا: إلاّ إذا اشترط البائع في آخرها إلخ، وهذه الشروط منها ما يسقط ويصحّ البيع، ومنها ما يبطل به البيع، إلى آخر ما في هذا الشارح تبعًا للناس ولم نجد ضابطًا يضبطها، أما ما يناقض المقصود أو يخل بالثمن ففسدان للبيع وغير هذين ربما يفهم من قول المازري على مسلم عند كلامه على حديث الحلال بين إلخ ما نصّه: وكان شيخنا رحمه الله يقول: ما لا فائدة فيه ولا يؤدي إلى فساد في البيع، أن لا يزاد في الثمن ولا ينقص منه لأجله، فهذا الذي قد يقول فيه بعض أصحابنا البيع صحيح ولاشرط باطل اهـ.

---

(٩٣) [حديث حسن]: بمعناه، أخرجه أبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٤٦٢٥)، وابن ماجه (٢١٨٨)، وأحمد في المسند (٢/ ١٧٤، ١٧٩، ١٩٢، ٢٠٥)، وعبد الرزاق في المصنف (٥٧٣٥)، والدارمي في سننه (٢٥٦٠)، وابن حبان في صحيحه (٤٣٢١)، والحاكم في المستدرك (١/ ١٠٥، ١٠٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣٢٤)، وحسنه الشيخ الألباني في صحيح أبي داود (٣٥٠٤).

(٩٤) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٤٥٦، ٢١٥٥، ٢٥٣٦، ٢٥٦٠، ٢٥٦١)، ومسلم (١٥٠٤)، وأبو داود (٢٢١٣، ٣٩٣٠)، والترمذي (١١٥٤)، والنسائي (٣٤٥١)، وابن ماجه (٢٥٢١)، وأحمد في المسند (٦/ ٨١، ٨٢، ١٦٤، ١٦٥، ٢٧٢)، ومالك في الموطأ (١٥٤٥)، وابن حبان في صحيحه (٤٢٧١، ٤٢٧٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٢٩٩، ٣٠٠).

جائزٌ والشّرط باطلٌ. ثمّ أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال: لا أدري ما قالا قال: جابر بن عبد الله «بعتُ من النّبيّ ﷺ ناقةً وشرط لي حلابها وظهرها إلى المدينة»[٩٥] : البيع جائزٌ والشّرط جائزٌ. فعرف مالكٌ رحمه الله الأحاديث كلّها فاستعملها في مواضعها وتأوّلها على وجوهها، ولم يمعن غيره النّظر، ولا أحسن تأويل الأثر ا هـ. وإلى هذه القضيّة أشار الشّيخ ابن غازيٍّ رحمه الله بقوله:

بيع الشّروط الحنفيّ حرّمهْ   وجابرٌ سوّغ لابن شبرمهْ

وفصّلت لابن أبي ليلى الأمهْ   ومالكٌ إلى الثّلاث قسّمهْ

ومراده بالتّفصيل: جواز البيع. وبطلان الشّرط؛ لأنّ القولين الآخرين جوازهما، أو بطلانهما، والمراد بالأمة: بريرة، ومعنى قوله ومالكٌ إلى الثّلاث قسّمه أنّ مالكًا قسّم الشّرط في البيع إلى الثّلاثة الأقسام المتقدّمة فالألف واللام في قول الشّيخ ابن غازيٍّ إلى الثّلاث للعهد والمعهود، الأقسام الثّلاثة المذكورة: قسمٌ يصحّ فيه البيع والشّرط معًا وذلك إذا كان الشّرط حلالاً ولم يؤثّر في الثّمن كما تقدّم، وقسمٌ يبطلان معًا وذلك إذا كان الشّرط حرامًا، أو حلالاً وأثّر في الثّمن. وقسمٌ يصحّ فيه البيع ويبطل الشّرط وذلك في الوجه الثّالث، فليس موضوع الأقوال الثّلاثة عند مالك واحدًا حتّى يكون خلافًا حقيقةً، بل موضوع كلّ قول خلاف موضوع القول الآخر، والله أعلم. وتقدّم بيان موضوع كلّ قول من هذه الأقوال قبل كلام ابن رشد هذا.

فرعٌ: إذا اشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتّى يعطي الثّمن فلا بأس بذلك لأنّه بمنزلة الرّهن إذا كان إعطاؤه الثّمن لأجلٍ معلومٍ نقله الحطّاب عن ابن أبي زمنين قلت: ولعلّ هذا في الأصول فقط، أو فيها وفي غيرها إذا وضع المبيع عند أمين على القولين الآتيين في قول النّاظم وشرط إبقاء المبيع في الثّمن رهنًا البيتين لأنّ قولهم هنا إنّه بمنزلة الرّهن يقتضي أنّه تحت يد البائع، وإلاّ فلا معنى لكونه كالرّهن. وهو تحت يد

بلفظه. قال كاتبه: ما فيه الفائدة كشرط رهن أو حميل وما لا فائدة فيه كشرط كون العبد أميًا لا يكتب على كلام تراه عند قول المتن: وردّ بعدم شروط إلخ، وكشرطها في الخلع أن يطلقها أكثر من واحدة على كلام في ذلك ذكرناه عند قول المتن في كتاب الخلع: أو قالت طلقني ثلاثًا بألف إلخ، إذ لا فرق بين النكاح والبيع في هذه الشروط، والشرط المفسد كأن لا يبيع إلخ والذي يزاد في الثمن أو ينقص منه هو السلف من البائع أو المشتري فافهم.

(ص): وجمع بين مع شركة إلى آخر البيتين.

(٩٥) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٣٨٥، ٢٧١٨)، ومسلم (٧١٥)، وأبو داود (٣٥٠٥)، والترمذي (١٢٥٣)، والنسائي (٤٦٥١) وغيرهم.

المشتري، وإذا كان تحت يد البائع فهي المسألة الآتية للنّاظم.

فرعٌ: قال البرزليّ في مسائل الضّرر عن ابن رشد فيمن له داران باع إحداهما، واشترط على المشتري أن لا يرفع على الحائط الفاصل بين الدّارين شيئًا مخافة أن يظلم عليه داره ويمنع من دخول الشّمس فيها فالتزمه المشتري أنّ البيع جائزٌ والشّرط لازمٌ. ا هـ.

وجمع بيعٍ مع شركةٍ ومع صرفٍ وجعلٍ ونكاحٍ امتنع
ومع مساقاةٍ ومع قراض وأشهب الجواز عنه ماض

يعني أنّه لا يجوز على المشهور. ونسبه الشّارح لابن القاسم أنْ يجتمع البيع مع واحدٍ من هذه العقود السّتّ الّتي أوّلها الشّركة وآخرها القراض خلافًا لأشهب فإنّه يقول بجواز ذلك ونقل في التّوضيح عن القرافيّ منع اجتماع البيع مع واحدٍ من هذه السّتّ، وبقي على النّاظم القرض، أي السّلف فلا يجتمع مع البيع وكما لا يجتمع البيع مع واحدٍ من هذه السّبعة بزيادة القرض فكذلك لا يجتمع اثنان في عقدٍ واحدٍ لافتراق أحكامها هكذا عبارتهم، وأخصر من هذا أن يقال ثمانية عقودٍ لا يجتمعُ اثنان منها في عقدٍ واحدٍ. وقد قلت في ذلك تبعًا لغيري في جلّ التّعبير ما نصّهُ:

عقودٌ منعنا اثنين منها بعقدةٍ لكون معانيها معًا تتفرّق
فجعلٌ وصرفٌ والمساقاة شركةٌ نكاحٌ قراضٌ قرض بيعٌ محقّق

وباء بعقدة ظرفيّةٌ وقرض بغير تنوينٍ وحذف العاطف للوزن ومعًا بمعنى جميعًا وظاهر قوله وأشهب الجواز عنه ماض أنّ أشهب يقول بجواز الجمع بين البيع وكلّ واحدٍ من هذه العقود السّتّ، والّذي في ابن الحاجب أنّه يقول بجواز الجمع بين البيع والصّرف ولفظه. والصّرف والبيع ممتنعٌ خلافًا لأشهب، والتّصريح بمنع جمع البيع مع واحدٍ من هذه العقود في عقدٍ واحدٍ هو من زيادة هذا النّاظم على مختصر الشّيخ خليلٍ إلاّ منعَ اجتماع الإجارة والجعلِ فقدْ صرّح به حيث قال في باب الإجارة كمع جعلٍ لا بيعٍ، ويدخل في البيع المذكور هنا الإجارة والكراء؛ لأنّهما بيع منافع، فكما يمتنع اجتماع البيع مع واحدٍ من هذه العقود السّتّ، كذلك يمتنع اجتماع الإجارة والكراء مع واحدٍ منها. ويجوز البيع مع الإجارة، أو الكراء؛ لأنّها من بابٍ واحدٍ، ويمتنع اجتماع الكراءِ، أو البيع مع الجعل مثلاً، أمّا منع اجتماع الإجارة مع الجعلِ فقدْ تقدّم قريبًا في نصّ الشّيخ خليلٍ، (واللّه تعالى أعلم).

قوله: **(والله تعالى أعلم إلخ)** كلام هذا الشارح هنا حسن، ولكن ترك مسائل كثيرة لا يجوز اجتماعها، قف عليها إن شئت في الشرح منصوصة للفحول، وانظر الكلام على حقيقة الشركة

ونجسٌ صـفـقـتـه مـحظورة ورخّـصـوا في الزّبـل للضّـروره

تقدّم أنّ من شرط المعقود عليـه أن يكون طاهرًا فلذلك امتنع بيع ما هو نجسٌ، كالزّبل لكنّهم (رخّصوا) في بيعـه للحاجة إلى الانتفاع به، نقل الشّارح رحـمه الله عن المقرّب قال ابن القاسم: وسمعت مالكًا يكره بيع رجيع بني آدم ولم أسمع منه في الزّبل شيئًا ولا أرى به بأسًـا. ا هـ. وفي النّوادر عن ابن القـاسم: ولا بأس بأكل مـا زبل به، أي برجـيع بني آدم، وبلغني أنّ ابن عمـر كرهه ولا أرى به بأسًا، قال أشهب: أكـره بيع رجيع بني آدم إلاّ من اضطرّ إليـه، والمبتاع أعـذر في شرائه من بائعـه قال الشّـارح: أقول: مسـاق هذه الرّوايات يقتضي كراهتـها فلذلك عبّر المتأخّرون عنهم بأنّهم رخّصـوا في بيع الزّبل، وتبعهم الشّيخ ا هـ. قلت: وممّا تدعو الضّرورة إليـه مع الاتّفاق على نجاسته الماء المتـغيّر بالنّجاسة كـالمجتمع من المراحيض، وقيـاسه على الزّبل في التّرخّص في جواز بيـعه (أحروى)، واللّه أعلم. فرعٌ:

في الشرح فإن الشركة فـيها تفصيل هناك. **تكميل:** المغارسة بمنزلة الجعل فـلا تجتمع المغارسة مع البيع وكذا الجعل وهو في المختصر، وما تقدم في الشـركة إنما هو البيع الخارج عنها لا ما تتضمنه الشركة من البيع، لأن هذا الثاني ظاهر المدونة جوازه وهو مذهب سحنون، وإن وقع لابن القاسم ما يقتضي المنع والسلم والإقالة بيع كما رأيت ذلك في حقـيقة البيع وفي المختصر والإقالة بيع إلخ والسلف مفـسد لكل عقد معـاوضة اجتمع مـعه ومع الصدقة والسلف من المتـصدق لا منع ومن المتصدق عليه المنع لأنه جر بسلفه نفعًا له، ولا يجوز السلف مع القراض والشركة وذلك داخل في القاعدة، نعم إن كان النفع للمتسلف فالجـواز والإجارة لا تجوز مع الصرف، ولو اجتمعا في دينار على أصل ابن القاسم الذي يقول: قبض الأوائل ليس قبضًـا للأواخر وكذا الكراء لأنهما بيع كما أشير إليه في رسم البـيع، وذكر البرزلي جواز اجتماع البـيع والقضاء، وقف على تمام هذه الأمور في الشرح وعلى عللها فيه وما في ذلك من الفوائد، ولكن انظر عند قول المتن: كمع جعل صدر الإجارة، وعند قول المختصر: أو باجتماعه مع بيع في كتاب الصداق اهـ.

(ص):

(ونجس صـفـقـتـه مـحظورة ورخـصـوا في الزبـل للضـرورة)

قوله: **(رخصوا)** هذا الذي به العمل كـما في المعيار ونقلناه في الشـرح بخلاف بيع رجيع الآدمي، وذكرنا كـلام الناس في ذلك وأن الزبل في نجاستـه خلاف ولا كذلك الرجـيع المذكور، وكذا يظهر من كلام البرزلي أن العمـل بتونس على جواز بيع الزبل. قلت: وكذلك العمل عندنا بفاس أمنها الله من كل بأس بمنه وطوله وكرمه وفضله، والشيخ خليل مرَّ على المنع في الزبل لأنه أصل المذهب في بيع النجاسات، وما أجيز منها فـهو للضرورة، ويظهر من كلام غير واحد أنه لا بدّ من تحقيق الضـرورة ونقلنا الخلاف في ذلك في الشرح فانظره إن شـئت فإن فيه كلامًا نفـيسًا، وذكرنا الخلاف في بيع العذرة والخلاف في بيـع ما دبغ من جلد الميتة. قوله: **(أحروي)** فيه بحث

في بيع ما ظهر من فضلات البهائم، قال في المقرّب قال ابن القاسم: ولا بأس ببيع بعر الإبل والغنم وأخثاء البقر وعلى هذا يجوز بيع خرء الحمام والدّجاج غير المخلاة، وفي المخلاة نظرٌ، صحّ من الشّارح. والمحظور بالظاء المشالة: الممنوع، والتّصريح بالتّرخيص في بيع الزّبل من زيادة هذا النّاظم على المختصر.

فصل في بيع الأصول

البيع في الأصول جاز مطلقا ... إلاّ بشرطٍ في البيوع متّقى

بأضرب الأثمان والآجال ... ممّن له تصرّفٌ في المال

أخبر رحمه الله أنّه يجوز بيع الأصول، كالدّور، والحوائط، والحوانيت، والأراضي، وغيرها، إلاّ أن يصحب بيعها شرطٌ يتّقى في البيوع لكونه يناقض مقصود المشتري، أو يخلّ بالثّمن فيفسد البيع إذ ذاك كما تقدّم، وإلى هذا أشار بالبيت الأوّل، واستثناؤه الشّرط المتّقى في البيع يغني عنه ما سبق ولعلّه خاف توهّم جوازه بالاندراج في عموم قوله جاز مطلقًا فاستثناه لذلك فإذا خلا بيعها عن الشّرط الممنوع فهو جائزٌ بالعين، والعرض، والطّعام، والرّقيق، والدّوابّ، وغير ذلك من أنواع الأثمان. ويجوز أن يكون ذلك الثّمن نقدًا وإلى أجلٍ، أي معلومٌ غير بعيد جدًا، وإلى هذا التّعميم أشار بالبيت الثّاني فهو تفسيرٌ للإطلاق الّذي في البيت الأوّل، وقوله «ممّن له تصرّفٌ يتعلّق بالبيع»، أي بيع الأصول جائزٌ إذا وقع وصدر ممّن له التّصرّف في المال وهو الرّشيد، وهو تصريحٌ باشتراط الرّشد في البائع، (ويحتمل أن تكون من قوله: ممّن له تصرّفٌ بمعنى اللازم)، أي يجوز بيع الأصول لمن له

لأن الزبل فيه خلاف في طهارته ولا كذلك الماء المتغير بالنجاسة، وإنما يقاس على الخلاف في بيع العذرة المنع والكراهة والجواز، ولا فرق بين الاضطرار فالجواز ومع عدمه المنع، وقال العبدوسي على مضمون قول المتن في كتاب الإجارة أو على أن يحرثها ثلاثًا أو يزبلها ما نصّه: وأقاموا من مسألة الزبل هنا أنه يجوز بيع الماء المضاف، فعلى هذا يجوز لمن كان في ملكه ماء مضاف أن يبيعه اهـ. بلفظه. قلت: ولعل هذا في المضاف المتنجس وأما غيره فلا، وكأن الشارح لم يقف على كلام العبدوسي فافهم.

فصل في بيع الأصول

(ص): البيع في الأصول جاز مطلقًا. إلى آخر البيتين.

قوله: (ويحتمل أن تكون من قوله ممّن له تصرف بمعنى اللازم إلى آخر كلامه) يقتضي أن مادة البيع لا تتعدى للمشتري بلفظة من الجارة وليس كذلك كما هو معروف، وقد قال في المختصر في كتاب الإيمان وفي لا باع منه أوله إلخ.

التّصرّف فيكون نصًّا في اشتراط الرّشد في المشتري أيضًا. وكلٌّ من الاحتمالين صحيحٌ، إذ الرّشد شرطٌ في كلٍّ من المتعاوضين إلاّ أنّه شرطٌ في اللّزوم لا في الانعقاد؛ لأنّ الانعقاد يجوز من المميّز ولو محجورًا، ولا يلزم إلاّ من الرّشيد كما تقدّم، وذلك الشّرط لا يختصّ ببيع الأصول، بل عامٌّ في جميع المبيعات. فرعٌ: قال ابن رشد في آخر سماع ابن القاسم من جامع البيوع: البلد الّذي تجوز فيه جميع السّكك جوازًا واحدًا لا فضل لبعضها على بعض ليس على من ابتاع فيه شيئًا أن يبيّن بأيّ سكّة يبتاع، ويجبر البائع على أن يأخذ كلّ سكّة أعطاه كما أنّ البلد إذا كانت تجري فيه سكّةٌ واحدةٌ فليس عليه أن يبيّن بأيّ سكّة يبتاع، ويجبر على أن يقبض السّكّة الجارية، وأمّا البلد الّذي تجري فيه جميع السّكك، ولا تجوز فيه بجواز واحد لا يجوز البيع فيه حتّى يبيّن بأيّ سكّة يبتاع، فإن لم يفعل كان البيع فاسدًا. اهـ. (فرعٌ: سئل الأستاذ) أبو سعيد بن لبٍّ عمّا يكثر وقوعه، وهو أن يتسامح النّاس في اقتضاء الدّراهم النّاقصة عن الوازنة إلى أن تصير الدّراهم كلّها نقصًا ويقع التّشاحّ بعد انعقاد البيع في زمن التّسامح، ووقوع القبض في وقت آخر يكون أولو الأمر قد ألزموا النّاس التّعامل بالوزن. فأجاب: بأنّ العقود محملها على السّكّة الوازنة على أصلها، وعلى هذا جرى العرف في العقود، وما يجري بين النّاس من المسامحة، كالتّعامل النّاجز عند الاقتضاء لا تعمر به الذّمم، ولا يجوز الدّخول في العقود عليه؛ لأنّه مجهولٌ، ثمّ قال: والّذي يوجبه النّظر الفقهيّ في النّازلة أن ينظر إلى تواريخ العقود فما انعقد منها على المسامحة في وقت اختلاط الدّراهم في التّعامل وجواز النّاقص مع الوازن على حدٍّ واحدٍ في الأشياء كلّها لعدم تعلّق الأغراض بالوازنة دون النّاقصة فالحكم فيها بالوازنة. وإن جرت النّاقصة بينهم على التّجاوز؛ لأنّ ذلك على الطّوع، فأمّا ما يحكم به، وما يبدي الحالف على القضاء فبالوازنة الّتي ضربت عليها سكّة ذلك البلد، قاله في الواضحة ووجهه ظاهرٌ؛ لأنّ السّكّة الموجودة الباقية على ضربها هي الأصل في تعلّق الحقوق بها دون ما دخله الفساد منها، إذ التّسامح في قبضه معروفٌ يصنعه القابض، ولا يدخل بالحقوق في باب التّسامح والمعروف مع السّكوت عنه، وما انعقد على المساكتة في آخر تلك المدّة وقت أن خلت وجوه التّعامل من الدّراهم الوازنة كما ذكر في السّؤال، فالواجب فيه الآن الحكم بالدّراهم الجارية في وقت التّعاقد؛ لأنّها هي الّتي كانت حينئذ متعلّق الأغراض ومناط الأحكام فيبقى الأمر بعد ذلك كما كان قائمًا؛ لأنّ النّاس يقصدون إلى ما يجدون ويعقدون على ما يعتادون، والعادة في عرف الشّرع كالشّرط. وليس هذا ممّا يتناوله النّصّ المتقدّم؛

قوله: (فرع سئل الأستاذ إلخ) هذا كلام صحيح ولكن ذكرنا هذه المسألة عند قول المختصر: وإن بطلت فلوس إلخ، وكلام النّاظم هنا حسن غاية في هذا، وبه تعرف ما وقع عندنا بفاس سنة تسع عشرة بعد مائة وألف حين كثر التقصيص للموزونة وأمر أولو الأمر بردّها على ما كانت عليه.

لأنّه عند وجود الوازن مختلطًا بالنّاقص فلم يعيّن عرف التّعامل أحدهما دون الآخر بخلاف هذا الوجه الّذي خصّ الوجود فيه الوصف وعيّن المقصود ا هـ. باختصار فرعٌ: قال ابن سلمون: وإن كان في العقد أنّه قبضها مقلّبةً، ثمّ أتى البائع بدراهم رديئةٍ يزعم أنّها من دراهم المبتاع وأنكرها فلا يمين عليه. فإن سقط هذا الفصل من العقد وجبت اليمين على المبتاع أنّه ما يعرفها من دراهمه، وله ردّ اليمين، فإن ردّها حلف البائع على البتّ أنّها من دراهم المبتاع، ووجب له البدل. ا هـ. وفي شرح الموّاق عند قوله في البيوع، وعدم دفع رديء، أو ناقصٍ من صرف دينارًا بدراهم فغاب عليها ثمّ ردّ منها رديئًا فأنكره الصّرّاف فما عليه إلاّ اليمين أنّه لم يعطه إلاّ جيادًا في علمه، وما يعلمها من دراهمه، وكذلك من قبض طعامًا على تصديق الكيل، ثمّ ادّعى نقصًا، أو اقتضى دينًا، ثمّ أخذ صرّةً صدّق الدّافع أنّ فيها كذا، ثمّ وجدها تنقص، فالقول قول الدّافع.

(فرعٌ: يجوز تأخير الثّمن) إلى ما يتّفقان عليه إلاّ أن يتطاول جدًّا. قال ابن القاسم قيل لمالك: أتكره أن يبيع الرّجل إلى عشرين سنةً؟ قال نعم، قيل له: أنفسخه؟ قال لا قال، ولو كان سبعين أو ثمانين لفسخته، وقد قال لي مالكٌ في النّكاح إذا وقع إلى ثلاثين سنةً جاز وكذلك البيع عندي، فإن أقام بعد البيع مدّةً طويلةً، ثمّ قام يطلبه فله ذلك، وكذلك لو لم يقع بينهما إشهادٌ فلا تبطل إلاّ بتطاول الزّمان كالثّلاثين سنةً والأربعين، وكذلك الدّيون إن كانت معروفة الأصل إذا تطاول زمانها هكذا، ومن هي عليه حاضرٌ فلا يقوم بدينه إلاّ بعد هذا من الزّمان فيقول: قضيتك وباد شهودي من ابن سلمون وانظر الحطّاب في آخر باب الشّهادات قبل قوله: باب إن أتلف مكلّفٌ... إلخ.

وجائزٌ أن يشترى الهواء لأن يقام معه البناء

هنا مسألتان: إحداهما: شراء عشرة أذرعٍ مثلاً من هواءٍ فوق سقف بيتٍ لأن يقيم مشتريه في ذلك الهواء ما أحبّ إذا كان ذلك الهواء مقدّرًا بأذرعٍ معلومةٍ، ووصف البناء الّذي يبني عليه بصفةٍ مضبوطةٍ. الثّانية: شراء عشرة أذرعٍ مثلاً من هواءٍ فوق عشرة أذرعٍ من هواءٍ إذا وصف البناء الأسفل والأعلى؛ لأنّ متانة الأسفل ممّا يرغب فيه صاحب الأعلى، وخفّة الأعلى ممّا يرغب فيه صاحب الأسفل. قال في المدوّنة: يجوز بيع عشرة

قوله: **(فرع يجوز تأخير الثمن إلخ)** هذا أشار إليه في المختصر في النكاح بقوله: أو زاد على خمسين سنة عاطفًا على ما يفسخ فيه النكاح، والبيع كالنكاح كما رأيت دليله في نقل هذا الشارح وذكرنا ثم كلام الناس تامًا والحمد لله رب العالمين.

(ص):

(وجائز أن يشتري الهواء لأن يقام معه البناء)

أذرعٍ فصاعـدًا من هواء بيتٍ إن وصف ما يبني فوق جداره، ولا بأس ببـيع عشرة أذرعٍ من هواءٍ فوق عـشرة أذرعٍ من هواءٍ إذا شرط بناءً يبنيـه ويصفه ليبني المبتاع فـوقه. ا هـ. من المواّق والظّاهر أنّ كـلام النّاظم يشمل الـصّورتين، فـإن شملهـما فـالأولى (من زيادة هذا النّظم) على المختصر، واللّه أعلم إلاّ أن يقال تؤخذ من بابٍ أحرى ممّا ذكر صاحب المختصر فلا زيادة.

ومـــا على الجـــزاف والتّكســيــر   يبـاع مـفـســوخٌ لدى الجـمـهـور

التّكسير: الكيل والكلام في الأصول والمعنى أنّه لا يجـوز أن تباع أرضٌ بعضها بالكيل وبعضها جزافًا، كأن يشتري أرضًـا مائة ذراعٍ منها بكذا وباقيها بكذا، أو اشترى أرضًا على كيلٍ معلومٍ واشـترى معها شجـرًا، أو كرمًا، أو دورًا في عقدٍ واحـد، فإن وقع ذلك فسخ عند جمـهور الفقهـاء وفهم من نسبـة الفسخ للجمـهور أنّ من أهل العلم من لا يفسـخه. واعلم أنّ من الأشياء ما الأصل فيه أن يباع كيلاً، كالحبوب، ويجوز بيعه جزافًا وأنّ منها ما الأصل فيه أن يباع جزافًـا، كالأرض، والثّياب ويجوز بيعه كيـلاً، (والضّابط) لما يجوز فيه الجمع بين الجزاف والمكيل في صفقةٍ واحـدة، وما يمنع من ذلك أنّه إذا جاء كلٌّ من المبيعين على أصله جاز كبيع جزاف أرضٍ مع مكيل حـبٍّ لمجيء كلٍّ منهما على أصله، وإن خرجا معًا عن أصلهما، كجزاف حبٍّ مع مـكيل أرضٍ، أو خرج أحدهما فقط كجزاف أرضٍ مع

قوله: **(من زيادة هذا النظم إلخ)** صاحب المخـتصر قـال: وهواء فوق هواء إن وصف البناء ولا شك إذا جازت، وهـذه الصورة فأحـرى هواء فوق بناء مـن غير تردد في ذلـك أصلاً، وفي التهذيب في باب الغـرر ما نصّه: ولا يجوز لك أن تبيع عشرة أذرع مـن هواء هو لك فوق عشرة أذرع من هواء يبقى لك إلاّ أن تشترط بناء تبنيه قدر عشرة أذرع وتصـفه ليبني المبتاع فوق فيجوز، ويجوز أن تبيع عشرة أو أكثر من فـوق سقف لك لا بناء لك عليه إذا بيّن لك المبتاع ما يبني على جدارك اهـ. فصاحب المختصر ذكر الأولى ولذلك قال إن وصف البناء وترك الثانية لأنها أحروية، وإن كان يشترط فيها بيان مـا يبني المبتاع وقف على الشرح على ما وقع للناس هنا في فروع تتعلق بهذه المسألة، فقد ذكرنا فيه ما يشفي إن شاء الله تعالى.

(ص):

(ومـــا على الجـــزاف والتكســيــر   يبـاع مـفـســوخ لدى الجـمـهـور)

قوله: **(والضابط إلخ)** هذه أمور صـعاب لا يكفي فـيها مـا ذكره هذا الشارح، وقـد مدح القباب ابن رشـد على تحصيله فيها، ونصّ ابن رشـد في المقدمات، والقول فيمـا يجوز من جمع الجزاف والمكيل في صفقـة واحدة أن تعلم أن من الأشياء ما الأصل فيه أن يباع كـيلاً ويجوز بيعه جزافًا كالحبوب، وإن منها ما الأصل فيه أن يباع جـزافًا، ويجوز بيعه كيلاً كالأرضين والثياب وإن

مكيل أرضٍ، أو جـزاف حبٍّ مع مـكيل حبٍّ امـتنع لمجيء مكـيل الأرض في الأولى، وجزاف الحَبّ في الثّانية على خلاف الأصل، وإلى هذه الصّور الأربع أشـار الشّيخ خليلٌ بقوله عاطفًا على ما لا يجوز وجزاف حبٍّ مع مكيلٍ منه، أو أرضٌ، وجزاف أرضٍ مع مكيلٍ لا مع حبٍّ. قال الشّيخ ابن غازيٍّ: في شفاء العليـل بعد تقدير كلام الشّـيخ خليلٍ، وقد ظهر لك أنّ كـلام المصنّف اشتمل على أربعـة أقسامٍ: ثلاثة ممنوعة، وواحـد جائزٌ، وأصل هذا كلّه لابن رشد في كتـاب الغرر من المقدّمات وفي سماعِ ابن القـاسم وسماع أصبغ من جامع البيوع. **تنبيهٌ**: من البيّن أنّ الموزون، والمزروع في هذا البـاب في معنى الكيل، وقد تنازل لذلك الشّيخ أبو العبّاس القبّاب في شرح قول ابن جماعة: لا يجوز أن يشتري الرّجل قربة لبنٍ على أن يزن زبدها، وإنّما يشتري ذلك كلّه من غير وزنٍ. ا هـ. كلام ابن غازيٍّ.

تنبيـهان: الأوّل: قال الموّاق: وانظر مـسألةً تعمّ بها البلوى وهي أنّ المرء يشـتري من العطّار وزنًا معلومًا من شيءٍ ويفضل له درهمٌ فيقول له: أعطني به أبزارًا، والأبزار بالدّرهم يكون جزافًا فهذا جائزٌ إذا لَم يدخـلا على ذلك في أصل العقدة ا هـ. الثّاني: إن جعلنا ما من قول النّاظم: وما على الجزاف واقعةً على كلّ مبيعٍ أصلاً كان، أو غيره فيقيّد المنع بما إذا خرج المبيـعان معًا، أو أحدهما عن أصله، أمّـا إن جاء كل منهما على أصله فالجـواز كما تقدّم، وإن جعلناها واقعةً على الأصول فقط وهو ظاهر السّـياق فلا يحتاج إلى تقييد؛ لأنّ بيع الأصول بعضه جزافًا وبعضه مكيلاً ممنوعٌ مطلقًا لخروج المكيل عن أصله، واللّه أعلَم.

منها عـروضًا لا يجوز بيـعها كيـلاً ولا وزنًا كالعبـيد والحيوان، فـالجزاف ممّا أصله أن يباع كـيلاً كالحبـوب لا يجوز بيعه مع المكيل منه ولا مع المـكيل ممّا أصله أن يباع جزافًا كـالأرضين والثياب باتفاق، والجزاف ممّا أصله أن يباع جزافًا لا يجوز أن يباع مع المُكيل منه باتفاق أيضًا، واختلف في بيعه مع المكيل ممّا أصله أن يبـاع كيلاً على قولين: **أحدهما**: أن ذلك جائز وإليه ذهب ابن زرب وإقامه من المدونة من إجـارته في السلم الأولى أن يسلم في ثياب وطعام صفـقة واحدة. **والثاني**: أن ذلك لا يجوز وإليـه ذهب ابن العطار في وثائقـه وحكاه المازري عن كتاب مـحمـد، قال ابن رشد: ولا اختلاف في جواز بيع المكيلين في صفقـة واحدة والجزافين في صفقة واحدة أيضًا على كل حال، ولا في جواز بيع الجزاف من العروض إلاّ عنـد ابن حبيب فإنه ذهب إلى أن الجزاف ممّا أصله أن يباع كيلاً لا يجـوز بيعه مع العروض في صفقة واحدة وهو بعـيد، وأما بيع الجزاف على الكيل فلا ينضاف إليـه شيء في البيع بحال على الصحيح من الأقـوال وهو مذهب ابن القاسم، وأما بيـع الجزافين على الكيل فـإن كانا على صـفة واحدة وبكـيل واحد جاز باتفـاق، وإن اتفق أحدهما واختلف الآخر جاز على اختلاف بين ابن القاسم وأشهب اهـ. بلفظ القباب حرفًا بحرف من غير زيادة ولا نـقص، وكلام المختصر سـائر معه بسيـره بلا اختلاف بينهمـا، وقرنا به كلام المختصر في الشرح، ونزلنـا عليه تنزيلاً حسنًا بحيث صار مستوفـيًا له فانظره إن شئت، والجزاف بيعه رخصة فلا يضاف إليه غيره وذكرنا عللاً في الشرح، وحاصل ما ذكره ابن رشد أنه إذا اجتمع

وآبرٌ مِن زرعٍ أو من شجر ... لبائعٍ إلاّ بشرط المشتري
ولا يسوغ باشتراط بعضه ... وإن جرى فلا غنًى عن نقضه
وغير ما أبر للمبتاع ... بنفس عقده بلا نزاع
ولا يجوز شرطه للبائع ... والبيع مفسوخٌ به في الواقع
وفي الثّمار عقدها الإبار ... والزّرع أن تدركه الأبصار
كذا قليب الأرض للمبتاع ... دون اشتراطه في الابتياع

الأصل في هذا قوله عليه الصلاة والسلام «من باع نخلاً قد أبّرت فثمرها للبائع، إلاّ أن يشترطها المبتاع»[٩٦] فمن باع شجراً فيها ثمارٌ، أو أرضًا فيها زرعٌ، ولم ينصّ على

مجهول ومعلوم فإن جاء كل واحد على أصله فالجواز، وإن خرجا معًا عن أصلهما أو أحدهما فالمنع، والمجهولان يجوزان مطلقًا، وكذا المعلومان بلا تقييد في جميع ما ذكر وبه تعلم صحة ما قاله ابن زرب كما صححه غير واحد، والجزاف مع العرض جائز ولكن إنما في صورته مجهول واحد وهو الجزاف فليس داخلاً في الضابط المذكور على المكيل فهو مجهول الجملة معلوم التفصيل فهو خارج أيضًا، وقد قلنا في ضبط هذا ما نصّه:

والجمع للجزاف مع ضد حظر ... وقد بدا الخروج عن أصل شهر

وضد الجزاف هو المعلوم بزرع أو كيل أو وزن مع المغلوم أن جمع الجزاف للجزاف، وفهم من قولنا: والجمع للجزاف والمعلوم للمعلوم فيه الجواز وهو كذلك، وانظر تمثيل هذا الشارح كأن يشتري مائة ذراع منها بكذا وباقيها بكذا إلخ.

(ص): وآبر من زرع أو من شجر إلى آخر الأبيات الستة. هذا قال فيه الشيخ خ ما نصّه: تناول البناء والشجر والأرض وتناولتهما والبذر لا الزرع ومدفونًا كلو جهل ولا الشجر المؤبر أو أكثره إلاّ بشرط كالمنعقد ومال العبد وخلفة الفصيل، وإن أبرّ النصف فلكل حكمه إلخ. فقوله: والبذر لا الزرع نص في أن الزرع لا تتناوله، والزرع هو الذي ظهر نباته ونباته هو تأبيره على المشهور وما به العمل وقوله: ولا الثمر المؤبّر إلخ حاصله أن الثمر المؤبر لا يدخل في العقد إلاّ بشرط أنه للمشتري والجل كالكل، ومسألة النصف هي قوله: وإن أبرّ النصف فلكل حكمه. وفهم

---

(٩٦) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣)، وأبو داود (٣٤٣٣)، والترمذي (١٢٤٤)، والنسائي (٤٦٤٩، ٤٦٥٠)، وابن ماجه (٢٢١٠)، وأحمد في المسند (٢/٩)، والحميدي في مسنده (٦١٣)، وابن حبان في صحيحه (٤٩٢٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/٣٢٤)، والبغوي في شرح السنة (٢٠٨٥، ٢٠٨٦) كلهم من حديث ابن عمر وفي الباب عن جابر: أخرجه أبو داود (٣٤٣٥)، وأحمد في المسند (٣/٣٠١)، وابن حبان في صحيحه (٤٩٢٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/٣٢٦).

الثّمار ولا على الزّرع فما كان من ذلك مأبوراً فهو للبائع، إلاّ أن يشترطه المبتاع كلّه. ولا يجوز للمشتري اشتراط بعض ما أبر وترك ما سواه وإن وقع ذلك فالحكم فيه أن ينقض، وعلى ذلك نبّه بالبيتين الأوّلين. قال المتيطيّ: ولا يجوز عند مالك أن يشترط المبتاع نصف الزّرع، أو نصف الثّمرة إذا كان الجميع للبائع، فإن فعل فسدت الصّفقة، وفسخ البيع. قال المتيطيّ: ووجه ذلك أنّه في اشتراط بعضه قاصدٌ لابتياع الزّرع قبل بدوّ صلاحه ولا يكون ذلك في الجميع. ا هـ. وما لم يؤبر منها فإنّه للمبتاع بنفس العقد حسبما أحكمته السنّة؛ لأنّه لمّا قال في الحديث: «إنّها تكون للبائع إذا أبرت» ذلك دلّ على أنّها تكون للمبتاع إذا لم تؤبر، ولا يجوز للبائع أن يشترطها لنفسه، فإن وقع فالحكم فيه أن يفسخ البيع، كما لا يجوز له أن يستثني جنين الأمة الحامل في البيع عند مالك وجميع أصحابه، وعلى هذا نبّه بقوله وغير ما أبر للمبتاع البيتين قال في الوثائق المجموعة: والثّمرة غير المؤبّرة داخلةٌ في ملك المبتاع بوقوع البيع على الأصل، ويدخل في ذلك عند استثناء البائع لها قبل الإبار بيع الثّمر قبل بدوّ صلاحه. قال الشّارح: وإنّما يدخل في هذه المسألة بيع الثّمرة قبل بدوّ صلاحها على أحد القولين في كون المستثنى مشترًى، وهو أشكلهما لا على القول الثّاني من كونه مبقًّى وهو الأظهر.

فرعٌ: قال في العتبيّة قال مالكٌ: من باع نخلاً قد أبر بعضها، ولم يؤبّر الآخر فإنّه ينظر إلى الّذي هو أكثر ويجعل القليل تابعًا له، إن كان أكثرها فالثّمر للبائع، وإن كان الّذي لم يؤبر أكثرها فالثّمر للمبتاع. قال مالكٌ: كلّ ثمرة لم تؤبر فهي كذلك، وحدّ الإبار في الثّمار: عقدها، وفي الزّرع: إدراك الأبصار إيّاه، وعلى ذلك نبّه بقوله: وفي الثّمار عقدها الإبار البيت المتيطيّ شرح الإبار هو في النّخل: تذكيره بعد تلقيحه، وفي سائر الشّجر العقد، وثبوت ما يثبت منه بعد سقوط ما يسقط، ونبات الزّرع هو كإبار النّخل في الحكم، هذا هو المشهور في المذهب وبه القضاء. وقال ابن هشام في مفيده: وإبار الزّرع هو: خروجه من الأرض، وإبار النّخل: التّذكير، وإبار العنب والثّمر: العقد قوله كذا قليب الأرض للمبتاع لمّا ذكر أنّ الثّمار غير المأبورة يتناولها عقد البيع استطرد قليب الأرض وذكر أنّ عقد البيع يتناوله أيضًا. قال الشّارح في طرر ابن عات: وإن كان في المبيع أرضٌ مقلوبةٌ فالقليب للمبتاع، وإن لم يشترطه المبتاع قاله حديسٌ وغيره وبه الفتوى صحّ من وثائق ابن مغيث قال الشّارح ألمّ الشّيخ رحمه الله تعالى في هذه الأبيات بما يتناوله مسمّى الشّيء

من قوله: ولا الثمر المؤبّر مع قوله كالمنعقد أن الانعقاد في غير ثمر النخل هو التأبير، وأن التأبير في النخل هو تعليق طلق الذكر على الأنثى لئلا يسقط ثمرها هو اللقاح قاله في الإكمال، وكان ما يحد بالانعقاد لا يقال فيه مؤبر بخلاف ثمر النخل ولذلك قال فيه: ولا الثمر المؤبر، ثم شبّه المنعقد به فافهم، وإذا فهمت هذا فانظره قول الشارح: تنبيه جميع ما اشتملت عليه الأبيات الست هو من زيادة هذا النظم على المختصر ما عدا كون المأبورة للبائع وغير المأبورة للمشتري.

المبيع، وما يندرج في مسمّاه، ولا يخلو من ثلاثة أقسام: الأوّل: أن يكون ذلك الشّيء مندرجًا في المبيع اندراجًا حسّيًا، أو معنويًا بحيث يتعذّر انفصاله منه، أو يبعد كالزّرع غير المأبور مع الأرض وقليبها، وكالشّجر معًا والثّمار غير المأبورة مع الشّجر. ثمّ قال فهذا القسم ممّا يدخل بنفس البيع فيكون للمبتاع من غير شرط، انتهى محلّ الحاجة منه فانظر كيف جعل القليب ممّا يتناوله عقد البيع، والمسائل الّتي ينظر فيها هل يتناولها عقد البيع، أو لا؟ هي ما يمكن انفكاكه وانفصاله عن البيع؛ إمّا في الحال، كالسّلم المسمّى، أو في المآل كالزّرع، والثّمار غير المأبورين فإنّهما بعد الإبار يريد البائع أن يكونا له، وأنّ عقد البيع لا يتناولهما معًا، ويريد المشتري أخذهما لنفسه لدخولهما في مسمّى البيع فيحتاج إلى بيان ما يتناوله عقد البيع وما لا. أمّا قليب الأرض إن عنوا به حرثها كما هو ظاهر كلامهم فهو للمشتري على كلّ حال؛ لأنّه ممّا لا يمكن انفصاله حالاً ومآلاً، حتّى يمكن أن يدّعي البائع أنّه لم يتناوله البيع فبقي وإنّما هو بمثابة من بنى في داره، أو صلّح فيها، ثمّ باعها أيقبل منه أنّ ذلك الإصلاح باق على ملكه لم يتناوله البيع على أنّ البناء يمكن قلعه وأخذ أنقاضه ولا كذلك القليب؟ هذا ممّا أشكل عليّ ولم أفهم عدّه من الأمور الّتي يمكن أن يتناولها عقد البيع، وأن لا اللّهمّ إلاّ أن يريدوا بالقليب البئر، فلا شكّ أنّ من اشترى أرضًا وفيها بئر فإنّه يمكن للبائع أن يقول لم يتناولها عقد البيع فأخبر أنّها للمشتري، وأنّ عقد البيع يتناولها كتناول الأرض للأشجار وهذا ظاهر وربّما رشّحه التّعبير بالقليب دون القلب واللّه أعلم.

تنبيه: جميع ما اشتملت عليه الأبيات السّتّ هو من زيادة هذا النّظم على المختصر ما عدا كون الثّمار المأبورة للبائع، وغير المأبورة للمشتري.

والماء إن كان يزيد ويقل فبيعه لجهله ليس يحل

قال الشّارح: إن كان الماء يزيد أحيانًا وينقص أحيانًا بحيث لا يأخذه الضّبط فلا يحلّ بيعه للجهل به ففي المتيطيّة، وإن كان هذا الشّرب يقلّ ماؤه مرّةً ويكثر أخرى ولا يوقف على الحقيقة منه لم يجز بيعه؛ لأنّه مجهول، وبيع المجهول غرر، ولا يجوز. قال وأخذ هذا القول على إطلاقه ممّا يشكل معه بيع شروب مواضع سمّاها قال؛ لأنّها تقلّ في السّنين الجدبة، وتكثر في السّنين المطرة، (والظّاهر) جواز المعاوضة فيها لارتباطها بما أجرى اللّه من

(ص):

(الماء إن كان يزيد ويقل فبيعه لجهله ليس يحل)

قوله: **(والظاهر إلخ)** هذا الظاهر متعين فإن المياه تزيد وتنقص بكثرة الأمطار وقلتها بالمشاهدة في غالب المياه أو في كلها، والضرورات تبيح المحظورات، والناس مضطرون لشراء الأشراب غاية، وقد بيّنا هذه القاعدة وأيّدناها بكلام الناس غاية عند قول المختصر في الزراعة أو

العادة فيها، فالمتعاقدان يعلمان ذلك ويدخـلان عليه فهو (كالغرر) المغتفر في بيع الأصول، وقد لا تكون لها غلّةٌ في بعض السّنين والأولى حمل البـيت وما استظهر به عليه من النّقل على ما جهل المتـعاقدان معاقلـته وكثرته، وتكون من التّلوّن بحيث لا يـأخذها الضّبط، ثمّ استطرد الكلام على جواز بيع الماء لمن يملكه قال: (وأمّا من يملك منفعته فقط) فلا يجوز له بيعه، بل يسقي به، فإن استغنى عنه تركه لغيره، وهذه المسألة ممّا يندرج في قول المختصر: وجهلٌ بثمونٍ، واللّه أعلم.

وشـــرط إبقـاء المبـــيع في الثّـــمن رهنًا ســوى الأصـول بـالمنع اقـتـرن

وقـــيل بالجـواز مـــهـمـــا اتّفـقـــا في وضـــعـــه عند أمينٍ مطـلقـــا

يعني أنّه يمتنع أن يشترط البائع على المشتري أن يبقى المبيع تحت يد البائع، أو تحت يد أمينٍ رهنًا في الثّمن إلاّ في الأصـول، فإنّ ذلك جائزٌ فـيها، وإلى هذا أشـار بالبيت الأوّل وقيلَ إنّما يمتنع ذلك إذا كان على أن يبقى ذلك المبـيع تحت يد البائع، وأمّا إن وضعاه تحت يد أمينٍ فإنّ ذلك جائزٌ مطلقًا، أي في الأصول وغـيرها، وإلى هذا أشار بالبيت الثّاني على أنّه لا يحـتاج إلى هذا الإطلاق؛ لأنّ الكلام في غـير الأصول وقـد تلخّص من البـيتين أنّ اشتراط بقاء المبـيع تحت يد بائعه رهنًا في الثّمن، إن كان في الأصول فـهو جائزٌ. وإن كان في غـيرها فـقولان: المنع وظاهره الإطلاق كـان تحت يد البائع، أو الأمين، والجـواز عند أمينٍ، وظاهر النّقـول الآتية أنّ القـول بالمنع مـحلّه إذا بقي المبـيع تحت يد بائعه، وأمّـا إن

لأحدهمـا الجميع إلاّ العمل وكـان هذا من باب ما تساوى فيـه علم البائع والمشتـري وقد أجازوا الصلح على مـا جهله المتصـالحان مع أن الصلح بيع، وقـد ذكرنا ذلك في كتـاب الصلح، وهذا قريب من مسألة قول المتن: وما لا يطلع عليه إلاّ بتغـير، وقد ذكروا أن ما لا يقدر على رفعه من الغرر لا يفـسد به العقد عند قـول المختصر أو بـألف وإن كانت له زوجة فألفـان، إلى آخر تلك المسائل في كتاب الصداق، ولا سبيل لمعرفة نقص المياه أو زيادتها. وقوله: (**فهو كالغرر إلخ**) فيه نظر لأن المشتري هو الأصول نفسها، وإن كان المقـصود منها هو ثمرها، ولا كذلك الماء نفسه هو المشترى والنقص والزيادة فيه نفسه فافهم فإن ابن عرفة كثيرًا ما يفرّق بهذا. وقوله: (**وأما من يملك منفعته فقط**) انظره عند قول المتن في الموات: ولذي مأجل وبئـر إلخ. وقال ابن يونس ما نصّه: وقد أذن الله سـبحـانه في نكاح التفـويض بقوله تـعالى: ﴿**ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء**﴾ [البقرة:٢٣٦] الآية. ولا يجوز في البيع مثل هذا، وهبة الثواب مقيسة على القراض، نعم الجهل يغتفر في البيع حيث يتـعذر العلم أو يعسر إلخ. وهذا منه بلفظه من ديوانه، وهذا دليل واضح لما نرومه، إذ معرفة ما نحن فيه متعذرة بالإنصاف لا بالاعتساف.

(**ص**): وشرط إبقـاء المبيع في الثـمن إلى آخر البـيتين. حـاصل ما في هذا أن شـرط بقاء الأصول جائز مطلقًـا كان البقاء بيد البائع أو الأمين، وأمـا غير الأصول فيجوز شـرط بقائها عند

وضعاه عند أمين فليس إلاّ الجواز، فليس إذن إلاّ قولٌ واحدٌ بالتّفصيل: الجواز إن وضع بيد أمين، والمنع إن وضع عند البائع قال ابن حارث: في أصول الفتيا وإذا اشتريت شيئًا من الأشياء بثمن إلى أجلٍ لم يجز أن يشترط البائع حبسه إلى أجلٍ إلاّ أن يكون ممّا يجوز أن يشترى على ألاّ يقبض إلاّ إلى ذلك الأجل، مثل الدّار والأرض يشترط البائع سكناها إلى أجلٍ، فذلك جائزٌ؛ لأنّها مأمونةٌ. وإن اشترط البائع أن يكون على يد عدل جاز ذلك وفي ابن سلمون، وكذلك لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري أن تبقى الدّابّة بيده رهنًا في الثّمن إلى أجله، وكذلك سائر الحيوان والعروض، والبيع على ذلك مفسوخٌ، وروى ذلك ابن وهب عن مالك في الحيوان وقال ابن القاسم في العروض. قال ابن رشد: وذلك جائزٌ في الأصول كلّها؛ لأنّه يجوز أن تباع على أن تقبض إلى أجلٍ، فإن وضعت هذه الأشياء الّتي لا يجوز ارتهانها عند بائعها على يدي عدل كان ذلك جائزًا ا هـ. عن نقل الشّارح، (وانظر) ما ذكر هنا مع ما تقدّم في آخر الكلام على الشّروط في البيع من جواز مثل هذا.

وجائزٌ في الدّار أن يستثنى سكنى بها كسنةٍ أو أدنى

يعني أنّه يجوز لبائع الدّار أن يستثني سكناها سنةً فما دونها قال في المقرّب: قال: مالكٌ ومن اشترى دارًا على أنّ للبائع سكناها الأشهر والسّنة، فلا بأس بذلك قال ابن القاسم وكره ما تباعد من ذلك، (وفي المتيطيّة): ولا يجوز أكثر من العام لما يخاف من تغيّرها فيدخل الغرر على المبتاع إذ لا يدري حالها عند رجوعها إليه هذا قول ابن القاسم وروايته ا هـ. وفي مختصر الشّيخ خليلٍ عاطفًا على الجائزات: وبيع دارٍ لتقبض بعد عامٍ، وفي الموّاق وفي تحديد المدّة بسنةٍ، أو لا ستّة أقوال. فرعٌ: يجوز استثناء السّنة فما دون،

أمين فقط. قوله: **(وانظر إلخ)** الذي تقدم ما يدل عليه من كلام الناظم في الشروط جوار الرهن والأجل فقط، وأما ما هنا ففيه زيادة على ما ذكر، وما نظمه الناظم من المنع في بقاء غير الأصول بيد البائع فإن ذلك مقيد بأن تتغير السلعة لمثل ذلك الأجل، وإلاّ فلا منع إذ لا غرر في ذلك كما قاله الباجي، ولا إشكال إن كان في حبسها منفعة له كلبس الثوب في هذه المدة القليلة، انظر المسألة عند قول المتن: إلاّ المحبوسة للثمن في كتاب الخيار. وعند قوله: وبيعها واستثناء ركوبها إلخ في كتاب الإجارة. وعند قوله: وقبضه على المشتري في بيع الغائب.

(ص):

(وجائز في الدار أن يستثنى سكنى بها كسنة أو أدنى)

قوله: **(وفي المتيطية إلخ)** ظاهر كلام الناس أنه لا يجوز أكثر من سنة، ولذلك قال في المختصر صدر الإجارة وبيع دار ليقبض بعد عام أو أرض لعشر، وما ذكره في الدار هو نص المدونة، وما ذكره في الأرض هو قول ابن القاسم: لكل في التوضيح بعد كلام ما محصله هذا خلاف في حال فإن كانت تلك الذات لا تتغير في تلك المدة جار استثناء منفعتها فيها وإلاّ فلا

ولو كان الثّـمن مؤجّلاً نقله المواّق عـن سماع يحـيى بن القاسم، أي؛ لأنّ المبيع مـعيّنٌ لا تحمله الذّمّة، فليس فيه تعمير الذّمّتين.

ومـشـتـري الأصل شـراؤه الثّـمـر قـبل الصّلاح جـائزٌ فـيمـا اشـتهـر

والزّرع في ذلـك مـثل الشّـجـر ولا رجـوع إن تصب للـمـشـتـري

تقدّم فـي قوله: وآبرٌ من زرعٍ أو من شـجر لبائعٍ أنّ مـن اشترى أشـجارًا فـيهـا ثمارٌ مأبورةٌ، أو اشتـرى أرضًا فيها زرعٌ قـد نبت فإنّ الثّمرة والزّرع للبـائع، وذكر هنا أنّه يجوز لمشتري الشّجر والأرض أن يشتري تلك الثّـمار، وذلك الزّرع وإن لم يبد صلاحهما، سواءٌ اشترى الشّجـر أو الثّمر، أو الأرض والزّرع في صفقة واحدة أو في صفـقتين الأشجار، ثمّ الثّـمار والصّورة الـثّانيـة: هي ظاهر قصـد النّاظم، والأولىّ أولى بالجواز قـال في الوثائق المجمـوعة: لا بأس أن يشتـري الرّجل الأرض في صفقـة، ثمّ يشتـري الزّرع بعد ذلك في صفقـة أخرى وفي طرر ابن عات: وحكم شـراء الزّرع بعد الأرض حكم شراء الثّمـرة بعد الأصلّ تدخل فيه الأقـوال الثّلاثةً ذكره ابن رشد ا هـ. من الشّارح والأقـوال الثّلاثة الجواز والمنع والجواز إذا كان الشّراء بـحدثان العقد وفيً التّوضيح، وحدّ الـقرب في ذلك عشرون يومًا ا. هـ. واقتصر النّاظم على الجواز مطلقًا بعد الشّراء من العقد أو قرب؛ لأنّه المشهور، ويفهم من قوله: فيما اشتهر أنّ ثمّ مقابلاً للمشهور، وهو كذلك، كما تقدّم، وأشار بقوله: ولا رجوع إن تصب للمشتري لقول المتيطيّ (فإن أجـيحت) الثّمرة المشترطة في أصل البيع،

إلخ. وهو مـأخوذ من المدونة، وظاهر المتن في المـسألتين ولو مع النقـد أي شرطه وهو كـذلك، ولكن انظر الشرح وفي مـعين الحكام في الدار العام ونحوه، وإنما ذكـر خليل هذا في الإجارة بناء على أن المستثنى مشـترى وبه يسقط اعتراض الشراح عليه، وقـد أشار أبو الحسن في شرح المدونة لهذا مجيبًا عن ذكر المدونة مثل هذا في كتاب الإجارة.

(ص): ومشتري الأصل شراؤه الثمر. إلى آخر البيتين. هذا قال فيه في المختصر: وصحّ بيع ثمر ونحوه بدا صلاحه إن لم يستـتر وقبله مع أصله أو ألحق به أو على قطعه إن نفع واضطر ولم يتمالآ عليه لا على التـبقية والإطلاق. فقوله: وقبله أي قـبل بدو الصلاح. وقوله: مع أصله أي اشترى الأصل وثمره الذي لم يبـد صلاحه. وقوله: أو ألحق به مثل أن يشتـري الأصل وفيه ثمر مؤبّر لم يشترطه وبقي للبائع ثم اشترى الثمر بعد ذلك قبل أن يبدو صلاحه، وظاهره قرب الشراء للثمر من شراء الأصـول أولاً وهو كذلك وهو المشهور وبه القضاء، ووجـه هذا أن اللاحق للعقد يقدر أنه وقع فيه ولذلك قال في المفيد: كل ما يجوز للإنسـان أن يعقد عليه بيعه ويضمنه معه في عقد البيع يجـوز له أن يبيعه بعد ذلك، هكذا فسّر لي أصـبغ اهـ. ومسألة الزرع هي بينة من هذا الشارح ومن ابن الـناظم. وقوله: **(فـإن أجـيـحت [١٩٧] إلخ)** هذا هو قول المخـتصـر في فصل

(١٩٧) أجيحت: أي أصابها جائحة وهي الإجراب والهلاك.

أو الملحقة بذلك قبل بدوّ الصّلاح، أو بعده، فلا قيام للمبتاع بها كانت الجائحة أقلّ من ثلثها، أو أتت على جميعها ا هـ. وتصب معناه تجاح وللمشتري: خبر لا ونائب تصب يعود على الثّمرة، وفي معناها الزّرع وجواب الشّرط محذوفٌ؛ لدلالة ما تقدّم عليه.

وبيع ملكٍ غاب جار بالصّفة أو رؤيةٍ تقدّمت أو معرفهْ

وجاز شرط النّقد في المشهور ومشترٍ يضمن للجمهور

الملك بضمّ الميم وكسرها الشّيء المملوك، إلاّ أنّه لا يستعمل بالضّمّ إلاّ في مواضع الكثرة وسعة السّلطان، يقال: لفلان ملكٌ عظيمٌ، أي مملوكٌ كثيرٌ قاله أبو البقاء في المعرّب، ويقرأ في البيت بالكسر والمراد به الأصل كالدّار وغيرها. وغيبة المبيع، إمّا أن تكون عن مجلس العقد، وهو حاضرٌ بالبلد، وإمّا أن يكون غائبًا عن البلد، وهذا إمّا أن تكون غيبته

الجائحة عاطفًا على ما فيه الجائحة ما نصّه: وأفردت أو ألحق أصلها لا عكسه.

(ص): وبيع ملك غاب جاز بالصفة. إلى آخر البيتين. بيع الغائب فيه كلام طويل وتقسيمات وتقييدات، وما ذكر هنا لا يفي بذلك، وقد استوفيناها في الشرح والحمد لله وقد قلنا فيما لخصناه من ذلك ما نصّه:

وبيع غائب على خيار برؤية أجز على المختار

بلا تقييد ولكن مطلقا يفسده النقد على ما حققا

كبيعه بنظر قد سبقا ولو بحضرة ونقد مطلقًا

وبيعه بوصفه وقد لزم بيانه وشرطه فيما علم

ومشتر يضمن ربعًا وصفا في دفتر غلا على من ألفا

بلا تقييد وغير ما ذكر ضمانه من بائع فيما شهر

في كل حالة وشرطه لزم في ربعنا وغيره فيما علم

جميع ذا في غير قسم قدما وغير ذي توفية فلتعلما

والنقد في الأخير بالتطوع فمطلقًا يجوز فافهم واسمع

كشرطه في ربعنا وقد وصف من غير بائع ما قد عرف

والعرض إن قرب كالعقار في شرطنا النقد هداك الباري

وشرط نقد لا يجوز مطلقا في مشترى بنحو كيل علقا

بعيدةً، أو قريبـةً، أو متوسّطةً فغائب المجلس حاضر البلد فيـه قولان مذهب المدوّنة: جواز بيعه على الصّفة ذكـر ذلك فيها في خمسة مواضع ومـذهب مالك في كتاب ابن الموّاز عدم جوازه؛ لأنّه عـدولٌ عن المعاينة إلى خـبرٍ لغـير ضـرورة وقصر بعـضهم الأوّل فـقال: إنّ الضّرورة قـد تدعو إلى مـبادرة العقـد خوف أن يبـدو للآخر شيءٌ والغائب البـعيـد جدًّا، كإفريقيّة من خراسان لا يجوز بيعـه. ويجوز بيع القريب على المشهور، كالّذي على مسافة يومٍ خلافًـا لرواية ابن شعبـان، ويجوز بيع المتوسّط اتّفـاقًا ا هـ. من شرح الـقلشانيّ على الرّسالة ومـعنى البيـتين أنّه يجوز بيع الأصل الغـائب على الصّفة، أو بـرؤية متقـدّمة، أو معرفة، ويجوز فيه اشتراط النّقد على المشهور وضمانه من المشتري بنفس العقد.

تنبيهٌ: علم ممّا تقدّم أنّ قول النّاظم غاب شاملٌ للغائب عن مجلس العقد وللغائب بغير البلد غيبـةً قريبةً، أو متوسّطةً، وفـهم من قوله بالصّفه أنّه إنّما يجـوز بيع الغائب إذا ضبط بالصّفة الحاضرة، ويوصف بما تختلف الأغـراض به؛ لأنّه المعتبر في السّلم المقيس هذا عليه قاله الباجيّ، ولا فـرق بين أن يصفه بائعه، أو غيـره الموّاق عن ابن راشد وقول ابن العطّار قيل: إنّ بيع الغائب لا يجوز بصفة البائع غير صحيحٍ إنّما يجوز النّقد فيه بصفة البائع ربعًا كان، أو غيره ا هـ. وإنّمـا يفتقر للصّفة إذا كان البـيع على البتّ، ويجوز بيع الغائب دون تقدّم رؤية، ولا ذكر صفـة إذا كان على خيار المشتري عند رؤيتـه هذا مذهب المدوّنة، وقد تلخّص من هذا أنّ بيع الغـائب إن كان على البتّ واللّزوم، فلا بـدّ من الوصف، أو تقدّم معـرفة، أو رؤية، وعلى هذين الوجـهين تكلّم النّاظم، وإن كان على خـيار المشتـري بعد الرّؤية، فـلا يشـتـرط وصفٌ ولا رؤيةٌ، فـهو على ثـلاثة أوجه، وهـكذا في المدوّنة انظر القلشانيّ، وقـد أصلح بعضهم قـول الشّيخ خليلٍ وغائـبٌ ولو بلا وصف. . . إلخ بقوله: وغائبٌ على خيار رؤيةٍ، ولو بلا وصفٍ ورؤيةٍ كعلى اللّزوم برؤيةٍ لا يتغيّر بعدها غالبًا، أو وصفٍ، ولو من بائعه، ولم يـبعد كخـراسان من إفريقيّـة ولم تمكّن رؤيته بلا مشـقّة، ولو على يومٍ، وعطف المعـرفة على الرّؤية في البـيت من عطف عامٍّ على خـاصٍّ. وكأنّه عنى بالرّؤية مرّةً، أو مرّتين مثلاً وبالمعرفة ما هو أكـثر من ذلك، وإنّما جاز اشتراط النّقد في بيع العقار الغائب على المشهور لغلبة السّلامة ابن الحاجب: والنّقد في الغائب بغير شرط جائزٌ، فإن شرط فـي العقار وشبـهه جاز، وإن بعد خـلافًا لأشهب التّوضـيح: ونقل الباجيّ عن أشهب منع اشتراط النّقـد مع البعد، وإنّما يجوز اشتراط النّقـد على المذهب إذا لم يشترها على صفـة صاحبها، كـذا روى أشهب عن مالكٍ، ثمّ قال: وهذا الخـلاف إنّما هو إذا بيع

وحاصـل ما نظمناه أن القـسم الأول يجوز بالشـرط إلاَّ أن النقد يفـسده ولو بـلا شرط ولا ضمان على المشـتري فيه مطلقًا، وهذا القسم هـو الشراء على أنه فيه بالخيار بعـد رؤيته، والقسم الثاني وهو مـا تقدمت رؤيته واشـترى عليهـا مع القسم الثالث وهو الشـراء على الوصف باللزوم عكس القسم الأول إذ هو لا وصف فيه ولا لزوم، والضمان فيهما من المشتري بشرط أن لا يكون

العقار جزافًا، وأمّا إذا بيع مذارعةً، فلا يصحّ النّقد فيه، وضمانه من بائعه ا هـ. فمقابل المشهور في اشتراط النّقد هو لأشهب في البعيد، وأمّا كون ضمان العقار من المشتري، فقال في التّوضيح: الّذي حكاه النّاس أنّ مالكًا إنّما قال: أوّلاً الضّمان من المشتري إلاّ أن يشترطه على البائع، ثمّ رجع إلى العكس أنّه من البائع إلاّ أن يشترطه من المشتري، وهو الّذي في المدوّنة، ثمّ هل القولان في الرّباع، أو الرّباع من المشتري اتّفاقًا طريقان ا هـ. وفي المواّق عن المدوّنة لم يختلف قول مالكٍ في الرّبع والدّور والأرضين والعقار أنّ ضمانها من المبتاع من يوم العقد، وإنّ بعدت ا هـ.

والأجنبيّ جائزٌ منه الشّرا ملتزم العهدة فيما يشترى

من اشترى شيئًا، فوجد به عيبًا، أو استحقّ من يده، فإنّه يرجع على الّذي باع له، سواءٌ كان ذلك البائع هو المالك للشّيء المبيع، ولا إشكال، أو كان نائبًا ووكيلاً عن مالكه، وإنّما تكون عهدته على الوكيل إذا لم يعلم بذلك المشتري، فإن علم المشتري بعد الشّراء أنّ متولّي البيع نائبٌ عن غيره فإنّه يخيّر بين إمضاء البيع. وتكون عهدته على المالك وردّه؛ لأنّ من حجّته أن يقول إنّما رضيت أن تكون عهدتي عليك يا متولّي البيع لملائك ولا

في المبيع حق توفية من ذرع أو غيره، ولا فرق بين أن يكون قريبًا أو لا نقد فيه أو لا، وغير العقار ضمانه من بائعه مطلقًا كان فيه حق توفية أو لا، وصفة غير بائعه أو لا، وقع فيه نقد بشرط أو غيره أو لم يقع فيه نقد، والنقد من غير شرط في هذين القسمين جائز مطلقًا، ويشرط يجوز في العقار، وتابعه بشرط أن يصفه غير بائعه، وأن لا يكون فيه حق توفية في غير العقار وتباعه إن قرب ولا توفية فيه ووصفه غير بائعه فالنقد فيه بشرط جائز أيضًا. وقولنا: وبشرط إلخ أشار به إلى أن الضمان ممّن اشترط عليه اشترطه المشتري على البائع في العقار أو البائع في غيره على المشتري، هذا كلام من اطلعنا عليه من فحول المذهب ضمناه في هذه الأبيات بعد تعب كثير واجتهاد غير يسير. وقولنا فيما علم إشارة لقوله في المختصر: أو على يوم إلخ لأن صاحب المختصر ذكر القسم الأول بقوله: وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية، وأشار للثاني بقوله: وبرؤية لا يتغير بعدها، وأشار للثالث وهو البيع على اللزوم بالصفة بقوله: أو على يوم إلى آخر كلام المختصر في بيع الغائب، وكان قوله: أو على يوم أي والبيع على اللزوم بدليل قوله قبيله على خياره بالرؤية، والشروط المذكورة في المختصر هي في البيع على اللزوم، ولكن بيّنا بعضها في النظم زيادة في البيان، ولكن لا بدّ لا بدّ من الوقوف على الشرح ففيه كلام كثير مفيد غاية إن شاء الله تعالى، وكلام هذا الشارح هنا حسن، ولكن ما خالف ما نظمناه فلا نتبعه فيه والله المعين.

(ص):

(والأجنبي جائز منه الشرا ملتزم العهدة فيما يشترى)

أرضى أن تكون على المنوب عنه لعسره وقلّة ذات يده ومحلّ هـذا التّخيير إذا لم يرض هذا الوكيل بكون العهدة عليه فإن التزم كونهـا عليه فلا حجّة للمشتري؛ لأنّه على ذلك دخل، وهذا مقصود النّاظم والله أعلم. فالمراد بالأجنبيّ في البيت وكيل المالك للشّيء المبيع النّائب هو عنه فهو بائعٌ وسمّـاه أجنبيًا لكونه غير مالك للشّيء المبـيع، يعني أنّه يجوز للإنسان أن يشتـري الشّيء من النّائب عن مالك ذلك الشّيء وعنه عـبّر بالأجنبيّ، يعني وتكون عـهدة العيب والاستحـقاق على ذلك الأجنبيّ إذا لم يعلم المشتري بكونه وكيـلاً واعتقد أنّه المالك للشّيء المبيع، فإن علم المشتري بذلك بعد انعقاد البيع فله الخيار في ردّ البيع ولا إشكال في إمضـائه وتكون العهـدة على المالك لا على الأجنبيّ. (ومـحلّ هذا التّخـيير) إذا لم يـلتزم الوكيل العهدة فإن التـزمها فيلزم البيع ولا كلام للمشتـري لأنّه على ذلك دخل كما تقدّم، وهذا مراد النّاظم والله أعلم فالأجنبيّ في البيت مبـتدأٌ وجائزٌ خبره ولو قال لازمٌ لكان أبين والشّرا فاعلٌ لجـائزٍ ومنهُ يتعلّق بالشّراء وضمـيره للأجنبيّ وملتزم حالٌ من الضّمـير المجرور بمن. قال فـي التّوضيح: آخـر الكلام على الرّدّ بالعـيب في شرح قول ابـن الحاجب، وإذا صرّح الوكـيل، أو علم فالعهـدة على الموكّل ما نصّه: فرعٌ، فـإن علم المبتاع بعـد البيع أنّ المبيع لغيـر المتولّي فخيّـره مالكٌ، في الرّدّ، أو التّماسك على أنّ عـهدته على الآمر إلاّ أن يرضى الرّسول أن يكتـبها على نفسه، فـلا حجّة للمشتـري ابن الموّاز: وكذلك إذا ثبت أنّه لغيـره ا هـ. وإنّما قيّد ابن الموّاز المسـألة بثبوت كون المبـيع لغير البـائع؛ لكونه إذا لم يثبت ذلك، يتّهم البائع أن يـكون هو المالك للمبيع لكن حصل له ندمٌ، فـادّعى أنّ الشّيء لغيره لعلّ المشتري لا يرضى، ويفسخ البيع ووجد الشّارح في مـعنى البيت وجهين بسبب احتمال لفظ الشّـراء لمعناه المتبـادر عـرفًا، ولـكونه بمعنى باع على حـدّ ﴿وشـروه بثـمن بخس﴾ [يوسف: ٢٠]، أي باعوه والأجنبيّ مـشتـري على الاحتمـالين عنده لا بائعٌ، كمـا قرّرنا، والمعنى على ما قال إنّه يجوز للإنسان أن ينوب عن غيره في الشّراء، ويلتزم له عهدة العيب والاستحقـاق، وإنّه إن حصل أحدهما غرم للمشتـري الثّمن، ولم يدعم ذلك بنقلٍ فتطلب نصّه والله أعلم.

قوله: **(ومحل هذا التخيير إلخ)** قال في المختصر في كـتاب الوكالات: وطولب بثمن ما لم يصرّح بالبراءة كبعثنـي فلان لتبيعه لا لأشتري منك وبالعهدة ما لم يعلـم. فقوله: وبالعهدة ما لم يعلم أي ما لم يعلم المشـتري أن البائع وكيل كـان علمه من قول الوكيل أو علم ذلـك من غيره، والعلم تحقيقًـا أو مظنة كما في النخاس لأنه يعلمه مظنة وهذا في غير المفـوض إليه، وأما هو فهو بمنزلة الموكل بالكسر عليه العهدة، انظر دليله في الشرح والبائعين على غيرهـم هنا ففي ذلك الشفاء إن شاء الله تـعالى، وانظره في مـعنى العهـدة هنا وفي تفصـيل ضمـان الأوصيـاء العهـدة ومن شابههم.

فصل في بيع العروض من الثياب وسائر السلع

بيع العروض بالعروض إن قصد تعارضٌ وحكمه بعد يرد

(العرض): في اصطلاح الفقهاء: هو ما عدا العين والطّعام من الأشياء كلّها وأخبر النّاظم في البيت أنّ بيع العروض بالعروض ويسمّى في اصطلاح الفقهاء معاوضةً، وفي حكمه تفصيلٌ يأتي في الأبيات بعد هذا تليه، فبيع العروض: مبتدأٌ ومضافٌ إليه، وبالعروض: يتعلّق ببيعٍ، ونائب قصد يعود على بيعٍ، وتعاوضٌ: خبر مبتدأ مضمر، أي هو تعاوضٌ، والجملة جواب الشّرط الّذي هو إن قصد، والشّرط وجوابه خبر بيع، واللّه أعلم. ويأتي للنّاظم إن شاء اللّه تعالى بعد باب القسمة بعض مسائل من باب المعاوضة.

فإن يكن مبيعها يدًا بيد فإنّ ذاك جائزٌ كيف انعقد

وإن يكن مؤجّلاً وتختلف أجناسه فما تفاضل أنف

والجنس من ذاك بجنسٍ لأمد ممتنعٌ فيه تفاضلٌ فقد

إلاّ إذا تختلف المنافع وما لبيعٍ قبل قبضٍ مانع

وبيع كلٍّ جائزٌ بالمال على الحلول أوّل الآجال

أشار بالأبيات الثّلاثة الأول وشطر الرّابع أنّ بيع العرض بالعرض يتصوّر فيه ثمانية أوجه. لأنّه إمّا أن يباع العرضان يدًا بيد، أو يتأخّر أحدهما، فهاتان صورتان، وفي كلٍّ منهما إمّا أن يباع أحدهما بالآخر متماثلاً، أو متفاضلاً، فهذه أربعة أوجه، وفي كلٍّ من الأربعة إمّا أن يباع بجنسه، أو بغير جنسه، ومعنى التّفاضل في الجنسين المختلفين أن يباع واحدٌ باثنين مثلاً كثوبين بفرسٍ، فأشار بالبيت الأوّل إلى أربعةٍ منها فأخبر أنّه إذا بيع العرض بالعرض يدًا بيدٍ، فإنّ ذلك جائزٌ مطلقًا، سواءٌ بيع الجنس بجنسه متماثلاً، أو

فصل في بيع العروض من الثياب وسائر السلع

بيع العروض بالعروض إن قصد إلى آخر الأبيات الستة. قوله: **(العرض إلخ)** هذا بعض الاصطلاح، وتارة يطلقون العروض حتى على الطعام، ومن تتبع كلام الناس عرف هذا، وحاصلها إن كان البيع يدًا بيد جاز البيع مطلقًا اتحد الجنسان أو لا، وقع تفاضل أو لا، وإن تأخر أحدهما واختلف الجنسان فالجواز مطلقًا أيضًا وقع تفاضل أو لا، وإن لم يختلفا فالمنع مع التفاضل بالعدد لا مع التماثل، واختلاف المنافع كاختلاف الجنس بلا فرق، ومن أراد تحرير هذه المسائل فلينظر عند قول المختصر: ولا شيئًا في أكثر إلى آخر تلك المسائل الصعاب في كتاب السلم، ولا يمكننا الاختصار لذلك لطول الكلام في ذلك، واختلاف الناس في ذلك غاية.

متفاضلاً، فهاتان صورتان، أو بيع الجنس بغير جنسه متماثلاً، أي واحداً بواحد، أو متفاضلاً، أي واحداً باثنين مثلاً، فهاتان صورتان أخريان، وإلى هذا الإطلاق أشار بقوله: «كيف انعقد» وأشار بقوله: «وإن يكن مؤجّلاً» البيت إلى مفهوم قوله: «يداً بيد»، وأخبر أنّه إذا تأخّر أحد العرضين، واختلف الجنسان، فلا يمنع التّفاضل. وأحرى في الجواز صورة التّماثل، والمسألة بحالها من اختلاف الجنسين إذ لا موجب للمنع في ذلك، فهاتان صورتان، ثمّ أشار إلى مفهوم قوله: «يداً بيد» وإلى مفهوم قوله: وتختلف أجناسه بقوله: والجنس من ذاك بجنسٍ لأمد البيت فأخبر أنّ العرض إذا بيع بعرضٍ وهما من جنسٍ واحد وتأخّر أحدهما فإنّه يمنع فيه التّفاضل فقط دون التّماثل فلا يمنع، وهاتان صورتان أيضاً وبهما كملت الثّمان، ووجه المنع في التّفاضل أنّه إذا عجّل الأقلّ كان سلفًا جرّ نفعًا؛ لأنّ المعجّل للعرض القليل مسلّفٌ يأخذ عنه أكثر منه، وإن عجّل الأكثر كان ضمانًا بجعلٍ؛ لأنّ من دفع كثيراً ثمّ يأخذ أقلّ ترك بعض ما دفع في مقابلة بقاء ذلك في ضمان مشتريه إلى أجلٍ. ووجه الجواز في التّماثل أنّه سلفٌ محضٌ ولم يجرّ نفعًا لمسلّفه لكونه أخذ مثل ما أعطى قدرًا وجنسًا، ثمّ استثنى من منع التّفاضل في الجنس الواحد ما اختلفت منافعه فقال: إلاّ إذا تختلف المنافع أي فإنّ اختلاف المنافع يصيّر الجنس الواحد كالجنسين. والجنسان يجوز التّفاضل بينهما كما تقدّم في قوله: وإن يكن مؤجّلاً وتختلف أجناسه البيت وقد مثّلوا لما اختلفت منافعه من الجنس الواحد في باب السّلم بالحمار الفارة أي السّريع السّير يدفع في اثنين ليسا كذلك، وبالفرس الجواد أي السّابق (يدفع في اثنين) من حواشي الخيل، وكذلك كبيرٌ في صغيرٍ وصغيرٌ في كبيرٍ على الأصحّ. قاله ابن الحاجب. التّوضيح: يحتمل أنّ يريد الجنس فيصدق على كبيرٍ في صغيرٍ وعكسه، وعلى كبيرين في صغيرين وعكسه، وعلى كبيرٍ في صغيرين وعكسه وعلى صغيرٍ في كبيرين وعكسه، ويحتمل أن يريد الواحد ويكون التّعدّد مأخوذاً منه من باب أولى؛ لأنّ كلّ من أجاز مع الواحدة أجاز مع التّعدّد والأصحّ ظاهر المدوّنة ا هـ. وقال قبل هذا وضابط هذا أنّ اختلاف المنفعة يصيّر الجنس الواحد جنسين ا هـ. وأشار بقوله: وما لبيعٍ قبل قبضٍ مانع إلى أنّه يجوز في العروض كلّها بيعها قبل قبضها وليست كالطّعام الّذي لا يجوز بيعه قبل قبضه، وأشار بقوله: وبيع كلٍّ جائزٌ بالمال البيت إلى أنّه يجوز بيع العروض كلّها بالعين من الذّهب والفضّة وذلك الّذي يعني بالمال وسواءٌ كان ذلك العين حالاً، أو مؤجّلاً، إذ لا محذور في بيع العرض قبل قبضه ولا في بيعه بالعين حالاً، أو إلى أجلٍ والله أعلم.

قوله: **(يدفع في اثنين)** أي وكذلك في واحدة وكأنه غره، ظاهر قول المختصر كفارة الحمر في الأعرابية كما غرّ غيره كابن فجلة وغيره مع أن الحق أن اختلاف المنفعة يبيح سلم الجيد في واحد أدنى أو أكثر من واحد من الأدنى، وبيّنا ذلك في الشرح بكلام الناس، وإنما قلنا ظاهر المختصر لأن قوله كفارة إلخ ظاهر في أن المراد سلم فاره واحد في حمر أعرابية مع أن قوله يحتمل أن يكون معناه دفع متعدد من الفاره في أعرابية فافهم.

ومن يـقلّب مـــا يفـــيت شكــله لم يضـــمن إلاّ حـيـث لم يؤذن له

يعني أنّ من أخذ (آنية فـخار)، أو زجاجًا ليقلّبـها ويتأمّلها فسـقطت من يده من غير تفريط ولا عمـد فانكسرت فإنّه إنّ أذن له صاحبـها في التّقليب لا ضمان عليـه فيها، وإن أخذهاً من غير إذن صاحبها ضمنهـا، فإن وقعت من يده على آنية أخرى فانكسرت السّفلى أيضًا فإنّه يضـمنها لا محالة أذن له في تقليب الأولى أو لم يأذنْ. فـقوله: يفيت هو بضمّ الياء مضارع أفات وفاعله ضمير التّقليب وشكله مفـعوله ومعنى إفاته: استهلاكه وإعدامه، ففي سماع سحنون. وسألت ابن القاسم عن رجلٍ يأتي إلى الزّجّاج، أو القلال، أو العطّار يستقرض منه قـارورةً، أو قلّةً، أو قدحًا لينظر إليّ ذلك فيقع ذلك منه فيـنكسر وينكسر ما تحته من الزّجـاج، أو القلال قال: لا أرى عليه ضمـان ما ناوله، ويضمن ما انكسـر تحته، قلت: فإن تناول ذلك بغير إذنه فـجعل يساومه ولم يناوله صاحب المتاع فـيقع منه فينكسر؟ قال: هو ضامنٌ لما أخـذ ولما انكسر أسفله. قال العتبيّ: رواها عـيسى عن ابن القاسم وزاد فيها: وكذلـك السّيف يتناوله فيهزّه فينكسر، أو الدّابّة يركـبها ليستخبرها فـتموت تحته، أو الفرس، وما أشبـه ذلك أنّه إن أخذ ذلك منه كان ضامنًا، وإن كان ضامنًـا بإذنه فلا ضمان عليه. رواها أيضًا أصبغ وزاد فيها: وكذلك قلل الخلّ يرفعها ليروزها ليعرف قدرها وملاها فتنكسر. قال أصـبغ هذا عندي في القوارير والأقداح ما لم يعنّف ويأخذه بغيـر مأخذه مثل أن يعلّق القلّة الكبـيرة بأذنها وغـير ذلك من وجوه العنف فـيضمن به قـال أصبغ: وإذا رآه وعلم به فلا ضمان عليه ا هـ. على نقل الشّارح. فرعٌ: فإن رفع القارورة وصاحبها ساكتٌ ينظر لم يأمره ولم ينهه فـانكسرت ففي ضمانه قولان مـبنيّان على أنّ السّكوت على الشّيء إذنٌ فيه فـلا ضمان، أو ليس إذنًا فيـضمن فرعٌ: فإن ادّعى ربّ القـارورة حيث أذن له في

(ص):

(ومن يـقلـب مـــا يـفـــيت شكـله لم يـضـــمن إلاّ حـــيث لم يـؤذن له)

حاصل ما ذكـره هذا الشارح في نقله أنه إن لم يؤذن للمقلب فإنه يضـمن المقلب وما سقط عليه، ومع الإذن إنما يضـمن ما سقط عليه فقـط، وهذا التفصيل في ضمـان المقلب إذا أخذه من محل أخذه وإلاّ ضمنه حتى مع الإذن، والقول قول المقلب في أخذه من محل أخذه وأنه لم يفرط مع يمينه أي حيث أذن له في التقليب، وإن رأى صاحـب المتاع من أراد التقليب وسكت ففي ذلك قولان بناء على أن السكوت كالإذن أو لا. ونقل عن أصبغ أنه كـالإذن في ذلك وعليه اقتصر ابن الناظم ولم يذكر القولين في ذلك، لكن قال عيسى عن ابن الناظم يضمن، وقد ذكرنا ذلك وأموراً كثيـرة من هذا القبيل عند قول المتن صدر الوديعـة فضمن بسقوط شيء عليـها لا إن انكسرت في نقل مثلها فقف عـلى ذلك إن شئت. وقول هذا الشارح: **(آنية فخار)** صوابه إناء فخار لأن لفظة آنية جمع لإناء كخبـاء وأخبية، وكلامهم يوهم أنه مفرد وليس كذلـك ولكن هو تابع لغيره كقول المختصر: ويسر كآنية وضوء إلخ ولكن هذا سهل.

التّقليب أنّه تعمّد طرحها أو فرّط حتّى سقطت فعليه اليمين، قال الشّارح: وذلك جارٍ على قاعدة التّداعي واللّه أعلم.

والبـيع جـائزٌ عـلى أن ينتـقـد ... في مـوضعٍ آخـر إن حـدّ الأمـد

يعني أنّه يجوز البيع على أن ينتقد البـائع الثّمن في موضعٍ آخر غير الموضع الّذي وقع فيه البيع إذا جعلا لذلك أجلاً معلومًا لئلا يصير البيع إلى أجلٍ مجهولٍ. قال في التّهذيب: ومن باع سلعةً بعينٍ على أن يأخـذه في بلد آخر فإن سمّيا البـلد ولم يضربا لذلك أجلاً لم يجـز، وإن ضربا لذلك أجـلاً جاز، سـمّيـا البلد، أو لم يسـمّـياه ا هـ. «وينتقـد» بالبناء للمفعول ونائبه يعود على الثّمن المدلول عليه بالبيع.

وبيع مـا يجـهل ذاتًا بالـرّضـا ... بالثّـمن البـخس أو الغـالي مـضى

ومـا يـبـاع أنّـه ياقـوتة ... أو أنّه زجـاجـةٌ مـنحـوتهْ

ويظهـر الـعكس فكلٌّ مـنهـمـا ... جـاز به قـيـام مـن تظلّمـا

يعني أنّ بيع الشّيء الّذي يجهل المتبايعان أو أحدهما ذاته وحقيقته ماضٍ لا يردّ، سواءٌ بيع بثمنٍ بخسٍ، أو بثمنٍ غالٍ ولكنّ هذا إذا سمّى المبيع باسمه كقوله: من يشتري منّي هذا الحجـر؟ فباعه بثـمنٍ يسيرٍ فظهـر أنّه ياقوتةٌ فالبـيع لازمٌ، إذ لو شاء تثبّت قـبل البيع؛ لأنّ الياقوت يسمّى حجراً، وسواءٌ علم المبتاع حين اشترى أنّه ياقوتٌ، أو لم يعلم، (وكذلك لو ظنّ) المبتـاع أنّه ياقوتٌ فرفع في ثمنه فـأخطأ ظنّه فلا ردّ له، وإلى هذا الوجه أشـار بالبيت

(ص):

(والبـيع جـائز عـلى أن ينتـقـد ... في مـوضع آخـر إن حـد الأمـد)

تقـريره بكلام المدونة ظاهـر وذلك في الثـمن العين، ولكن انظر صـدر الإجـارة عند قـول المختصـر: وحمل طعام لبلد بنصفه إلاّ أن يقـبضه الآن وهذا ما لم تكن الدراهم مـعينة، قال في التوضيح حين تكلم على أن الصداق في النكاح كالثمن في البيع ما نصّه: ولذلك قال ابن القاسم فيمن تزوج امرأة أو اشترى سلعة بدراهم غائبة لا خير في ذلك إلاّ أن يشـترط أن عليه بدلها إن تلفت، ولو حضرت الدراهم ونقـدها إياها جاز النكاح والبيع إلخ. وانظر عند قول المخـتصر في الإجارة أن شرطا الجلف كغنم عينت.

(ص): وبيع ما يجـهل ذاتًا بالرضا إلى آخر الأبيات الثـلاثة. قوله: **(وكذلك لو ظنّ إلخ)** عبارة المتيطي: ومن باع سلعة بـثمن بخس لجهله بها أو بقيمتها مـثل أن يبيع حجراً بدرهمين فإذا هو ياقوت فإن ذلك يلزمه عند مـالك، قال: ولو شاء لاستبرأ لنفسه قبل الـبيع، قال ابن حبيب: وكذا لو ظنّ المبتـاع أنه ياقوت فرفع ثمنه فلم يجده ياقوتًا فذلك لازم له، وأمـا إن قال البائع من

الأوّل. وأمّا إذا سمّي بغير اسمه فإنّ لمن تظلّم القيام في ذلك كما لو قال البائع: من يشتري منّي هذه الزّجاجة؟ فباعها ثمّ ظهر أنّه ياقوتةٌ فللبائع ردّ البيع، جهله المبتاع، أو علمه، كما لو سمّى ياقوتًا فألفى زجاجًا فللمشتري ردّ البيع، وإلى هذا الوجه أشار بقوله: وما يباع أنّه ياقوته إلخ وإلى هذين القسمين أشار الشّيخ بقوله: ولم يردّ بغلط إن سمّي باسمه. فأشار إلى الوجه الأوّل بقوله: إن سمّي باسمه. وإلى الثّاني بمفهوم الشّرط، وإنّه إن سمّي بغير اسمه يردّ البيع المواّق قال مالكٌ من باع فصلى، ثمّ قال مشتريه: هو خزٌّ. فقال البائع: ما علمت أنّه خزٌّ لو علمته ما بعته بهذا الثّمن: هو للمشتري لا شيء للبائع عليه، ولو شاء تثبّت قبل بيعه، وكذا من باع حجرًا بثمنٍ يسيرٍ ثمّ هو ياقوتةٌ تبلغ مالاً كثيرًا، أي فهي للمشتري وقال ابن القاسم يردّ هذا البيع. ابن رشد. هذا الخلاف إنّما هو إذا سمّي الشّيء باسمٍ يصلح له على كلّ حالٍ وأمّا إذا سمّى أحدهما الشّيء بغير اسمه مثل أن يقول البائع: «أبيعك هذه الياقوتة» فتوجد غير ياقوتة، أو يقول: «أبيعك هذه الزّجاجة» ثمّ يعلم البائع أنّها ياقوتةٌ فلا خلاف أنّ الشّراء لا يلزم المشتري وأنّ البيع لا يلزم البائع انظره آخر بيوع القبّاب ا هـ. واعلم أنّ الغبن في البيع إذا كان بسبب الجهل بحقيقة المبيع فهذا حكمه، وإن كان بسبب الجهل بالقيمة فقط مع معرفة حقيقة الشّيء المبيع فهو الّذي يأتي للنّاظم في فصل الغبن حيث قال: ومن بغبنٍ في مبيعٍ قاما الأبيات الثّلاثة المواّق ودعوى جهل البيع راجعٌ لدعوى الفساد (وجعل المتيطيّ) وغيره ذلك من دعوى الغبن ليس كذلك ا هـ.

فصل في بيع الطعام

البيع للطّعام بالطّعام ... دون تناجزٍ من الحرام

يشتري هذه الزجاجة فباعها على ذلك فإذا هي ياقوت فله نقض البيع جهله المبتاع أو علمه، كما لو سمّي ياقوتًا فألقى زجاجًا فللمبتاع ردّه. وأما إذا سكت أو قال حجرًا أو لم يبين فلا كلام له إلخ. وهذا منه بلفظه، فزاد مسألة السكوت ولذلك نقلناه. وقال ابن عرفة تبعًا لابن رشد ما نصّه: واختلف أن ألغز أحدهما لصاحبه في التسمية ولم يصرّح فقال ابن حبيب: يوجب الردّ كالصريح وحكي أن شريحًا إلخ والشيخ خليل قال: إن سمّى باسمه. قوله: (وجعل المتيطي إلخ) يظهر أن كلام المتيطي ومن تبعه هو الحق، قال عياض في تنبيهاته ما نصّه: الفساد في البيع يرجع إلى ثلاثة أشياء: ربا وغرر وأكل مال بالباطل إلخ. ويدل لذلك قولهم هنا: فللبائع رد البيع لأنه ولو كان فاسدًا لوجب عليه الردّ بلا تخيير منه، ولو كان هذا من أكل المال بالباطل لكان الغبن كذلك، وقد سلم أن الغبن فساد فيه، وإنما أكل المال بالباطل كالمقامرة ونحوها فافهم.

فصل في بيع الطعام

(ص): البيع للطعام بالطعام إلى آخر الأبيات الستة.

والبـيـع للصّنف بصنفـه ورد مـثـلاً بمثلٍ مـقـتـضًى يدًا بيـد

والبـيع للطّعـام قـبل القـبض ممتنعٌ مـا لم يكـن من قـرض

والجنس بـالجنس تفـاضـلاً منع حـيث اقـتيـاتٌ وادّخـارٌ يجتـمع

وغـيـر مـقـتـاتٍ ولا مـدّخـر يجـوز مع تفـاضلٍ كـالخضـر

وفي اخـتـلاف الجنس بالإطلاق جـاز مع الإنجـاز باتّفـاق

تعرّض في هذه الأبـيات لحكم بيع الطّعام بالطّعام وبيع الطّعام قبل قبضه واعلم أنّ الطّعام على قسمين ربويٌّ وهو المقتات المدّخر للعيش غالبًا ونسب للرّبا لدخوله فيه أعني ربا الفضل الّذي هو الزّيادة وربا النّساء الّذي هو التّأخير كما يأتي بيانه، ومعنى كونه مقتاتًا أنّه تقوم به البنية أي عنده لا به، ومعنى كونه مدّخرًا أي أنّه لا يفسد بطول الزّمان عليه إلاّ الطّول الكثير قال ابن ناجي: ولا حدّ للادّخار على ظاهر المذهب وإنّما يرجع فيه إلى العرف وحكى الشّاذليّ أنّه سمع فيه في بعض المجالس أنّ حدّه ستّة أشهرٍ فأكثر. وغير ربويٌّ كالفواكه والخضر وهو ما اختلّ فيه القيدان أو أحدهما بأن كان غير مقتاتٍ ولا مدّخر كالتّفّاح، والإجّاص. أو مقتاتًا غير مدّخرٍ كاللّفت أو مدّخرًا غير مقتاتٍ كالجوز واللّوز (والضّابط) في حكم ذلك الطّعام إذا بيع بطعامٍ فلا يجوز إلاّ يدًا بيدٍ ولا يجوز فيه تأخيرٌ سواءٌ بيع بجنسه أو بغير جنسه ربويٍّ أو غير ربويٍّ أو أحدهما ربويٌّ دون الآخر لا يجوز في شيءٍ من ذلك تأخيرٌ أصلاً وعلى ذلك نبّه بقوله:

البـيع للطّعـام بالطّعـام دون تـناجـزٍ من الحـرام

وأمّا ربا الفضل وهو كون أحد العوضين أكثر من الآخر ففيه تفصيلٌ وهو أنّه إذا بيع الجنس بجنسه وهما ربويّان كالقمح بالشّعير فيحرم الفضل وهو الزّيادة ولا يباع أحدهما بالآخر إلاّ مثلاً بمثلٍ وعلى ذلك نبّه بقوله:

والجنس بـالجنس تفـاضـلاً منع حـيث اقـتيـاتٌ وادّخـارٌ يجتـمع

وإن بيع الجنس الرّبويّ بربويٍّ من غير جنسه كالقمح بالفول جاز التّفاضل فيباع وسقٌ من قمحٍ بوسقين من فولٍ مثلاً، وكذا يجوز التّفاضل إذا بيع الجنس بغير جنسه سواءٌ كان أحدهما ربويًا كرطل دقيقٍ برطلين من تفّاحٍ مثلاً، أو كانا معًا غير ربويّين سواءٌ كانا جنسين كتفّاحٍ وإجّاصٍ، أو جنسًا واحدًا كتفّاحٍ وتفّاحٍ فيجوز التّفاضل في جميع ذلك ممّا اختلفت

قوله: **(والضابط إلخ)** هذا كلام حق وتفصيل صدق وهو أمر ظاهر بيّن في نفسه.

أجناسه مطلقًا ربويّين أو غير ربويّين، أو أحدهما ربويٌّ دون الآخر فقد نبّه على حكمه بقوله:

وفي اختلاف الجنس بالإطلاق   جاز مع الإنجار باتّفاق

وقوله: مع الإنجاز زيادة بيان وإلاّ فقد تقدّم منع التّأخير مطلقًا وأمّا ما اتّفقت أجناسه من غير الرّبويّ كتفّاحٍ مع مثله والخضر من جنسٍ واحدٍ فنبّه على حكمه بقوله:

وغير مقتاتٍ ولا مدّخر   يجوز مع تفاضلٍ كالخضر

وقد اختصر ابن الحاجب ضابط بيع النّقدين الذّهب والفضّة وبيع الطّعامين بقوله: ويحرم بيع ربا الفضل والنّساء فيما يتّحد جنسه من النّقود، ومن المطعومات الرّبويّة فلا بدّ من المماثلة والمناجزة. ويحرم النّساء خاصّةً فيما يختلف جنسه من النّقود وفي المطعومات كلّها ا هـ فقوله: «كلّها» يعني ما عدا الرّبويّ بجنسه فيحرمان فيه معًا كما نبّه عليه بقوله أوّلاً: ومن المطعومات الرّبويّة وأمّا قوله: والبيع للصّنف بصنفه ورد مثلٍ بمثلٍ مقتضًى يدًا بيد فلا يحتاج إليه لتمام التّقسيم دونه لأنّ حاصله أنّه يجوز بيع طعامٍ بطعامٍ يدًا بيد مثلاً بمثلٍ كيف كان الطّعامان، وهذا المقدار قد استفيد ممّا تقدّم فلو أسقطه ما ضرّ ذلك وكأنّه ذكره توطئةً لما يذكر بعده من حكم ما اتّفقت أجناسه أو اختلفت وبيع متفاضلاً أو مثل بمثلٍ يدًا بيد أو لأجلٍ ممّا يدخله ربا الفضل والنّساء فقط. أمّا ما سلم منهما معًا كهذا فلا إشكال في جوازه، وأمّا بيع الطّعام قبل قبضه المشار له بقوله والبيع للطّعام قبل القبض البيت فقد ذكره النّاظم خلال بيع الطّعام بالطّعام وما كان ينبغي له ذلك فلو قدّمه أو أخّره لكان أولى. وحاصل ما ذكره فيه أنّ من اشترى طعامًا ربويًّا كان أو غير ربويٍّ على كيلٍ أو وزنٍ أو عدد لم يجز له بيعه حتّى يقبضه إلاّ إذا باعه قبل قبضه ممّن كان له في ذمّته مثله. كمن سلّف لغيره طعامًا فيجوز لربّه بيعه قبل قبضه من المتسلّف وما أشبه ذلك كما يأتي قال في المدوّنة: قال مالكٌ: كلّ طعامٍ ابتعته بعينه أو مضمونًا على كيلٍ أو وزنٍ أو عدد ممّا يدّخر أو لا يدّخر فلا يجوز أن تبيعه من بائعك أو غيره حتّى تستوفيه إلاّ أن تقبل منه أو تشترك فيه أو تولّيه وكذلك كلّ طعامٍ أو شرابٍ عدا الماء. قال مالكٌ: وكلّ ما اكتريت به أو صالحت عن دم عمدٍ أو خالعت به من طعامٍ بعينه أو مضمونًا على كيلٍ أو وزنٍ فلا تبعه حتّى تقبضه. ابن عرفة: والمشهور أنّ الطّعام غير الرّبويّ كالرّبويّ. ابن الحاجب: وبيع المشترى قبل القبض جائزٌ إلاّ في الطّعام مطلقًا بشرط كونه معاوضةً فيما فيه حقّ توفيةٍ من كيلٍ وشبهه بخلاف القرض، والهبة، والصّدقة، وكذلك الجزاف على الأصحّ فمن ابتاع طعامًا جاز له إقراضه أو وفاؤه عن قرضٍ ومن اقترضه فإنّ له بيعه ا هـ وقد اشتمل كلام المدوّنة المتقدّم وكلام ابن الحاجب هذا على مسائل: الأولى: أنّه لا فرق في منع بيع الطّعام قبل

قبـضه بين أن يكون ربويًا أو غيـره وهذا الّذي يعني ابن الحاجب بالإطلاق. الثّانيـة: كونه بمعاوضة احترازًا من القرض، والهبة، والصّدقة فيجوز لمن اشترى طعامًا أن يسلّفه لغيره قبل أن يقبضه هو من الّذي باعه له، ولكن لا يجوز له بيعه لمتسلّفه ولا لغيره إلاّ بعد قبضه لئلا يتوالى بيعان لا قبض بينهما، وأن يقضي به طعامًا في ذمّته قبل أن يقبضه البائع أيضًا. ومن تسلّف طعامًا جـاز له بيعه قبل قبضـه من مسلّفه، وإلى ذلك أشار بقوله فمن ابـتاع طعامًا جاز له إلخ فقـد اشتمل على ثلاثة فروعٍ وكذا يجـوز لمن سلّف لغيره طعامًا أن يبيـعه قبل قبضه من المتسلّف وهذه الفروع الأربعة يشـملها قول النّاظم «ما لم يكن من قرض وشموله للأخير منهـا أظهر». (وانظر كيف أخرجوا) القـرض من المعاوضة والمعاوضة حـاصلةٌ فيه. قال الشّارح: وفي اختصار الشّيخ على إخراج الـقرض (فيه إيهام) أنّه في غير القرض ممّا لا عوض له فيه لا يجوز ولو قال إلاّ بمثـل قرض لكان فيه إشارةٌ إلى سواه ا هـ **تنبيهٌ**: وحيث جاز بيع الطّعام قبـل قبضه، فإنّما يجوز إذا عـجّل الثّمن لأنّه من بيع الدّين، ولا يجوز إلاّ بتعجيل الثّمن.

فرعٌ: قال ابن عرفة في كون طعام الغصب والتّـعدّي كالقرض أو البيع نقل الباجيّ عن المدوّنة وحكاية القاضي، ا هـ. ويجـوز أن تأخذ المرأة الثّمن عمّا وجب لـها من الطّعام في نفقتها أو نفقة أولادها (من الموّاق).

قوله: **(وانظر كيف أخرجوا إلخ)** لا شكّ أن القرض من المعاوضات وبيّنا ذلك صدر كتاب القرض، وإن تسليف درهم بدرهم إلى أجل رخصة وإلاّ فهو بيع درهم بدرهم إلـى أجل، وفسّر الرخصة أن القرض معـروف فيتسامح لمعروفه ولاحتياج الناس إلى هذا، ونقول هنا أجـيز بيعه قبل قبضـه لأجل معروفه ولذلك قال بعضـهم هنا ما نصّه: الشرط الثالـث أن ينتقل الملك بعوض في مكايسة إلخ ثم قال: فإن خـرج بعوض خارج مخرج المعروض كـالقرض فيجوز بيعه قـبل قبضه إلخ. انظر الشرح عند قول المتن: وجاز البيع قبل القبض إلخ في كتاب الخيار والكلام هنا طويل، والناظم إنما ذكره نزرًا، فتنزيل الكثير عليه فيـه ثقل، فانظر تحقيق فروع المسألة عند المحل المذكور. قوله: **(فيه إيهام إلخ)** إنما اقتصـر على القرض لأنه معاوضة فـيتوهم فيه عـدم الجواز ولا كذلك الهبة والإرث فافهم.

قوله: **(من المواق)** بل هو في المختصـر وهو قوله في باب النفقة: ويجوز إعطاء الثـمن عمّا لزمه إلخ. وذكرنا فيه كلامًا حسنًا هناك قف عليه إن شئت.

فائدة: قال الإمام عـياض في إكماله ما نـصّه: منع الشافعي البيع قـبل القبض في كل شيء تمسكًا بالنهي عن ربح ما لم يضمن جـوابه حمله على بيع الخيار فلا بيع قبل اخـتياره، أو يحمل على الطعام بدلـيل حديث نهى عن بيع الطعام قـبل قبـضه، وقال عـثمان البـتي: يجوز في كل شيء، ومنعه أبو حنيفـة إلاّ فيما لا ينتقل لتـعذر الاستيفاء المشـار إليه بقوله حتى يستـوفيه. وعن عثمان وسعـيد وغير واحد اختصاص النهي بالمكيل والموزون مطلقـا وبه قال سحنون، وقاله يحيى

الثّالثة: أنّ محلّ المنع المذكور هو في الطّعـام الّذي فيه حقّ توفية، وهو الّذي بيع على كيل، أو وزن، أو عدد دون المبيع جزافًا فيجوز بيـعه. قال في التّوضيح لأنّه مقبوض بنفس العقـد فليس فيه حقّ توفيـة وذكر المصنّف يعني ابن الحاجب في الجـزاف قولاً بالمنع. ا هـ.
الرّابعة: أنّه لا فرق في الطّعـام بين أن يكون معيّنًا أو مضمونًا في الذّمّـة كالسّلم، ولا فرق في المنع بين بيعه لبائعه، أو لأجنبيٍّ. وأنّ من اشترى طعـامًا جاز له أن يتقابل مع بائعه قبل قبضه، وليست الإقـالة هنا بيعًا وأن يشارك فيه غيره قبل قـبضه. أي يولّي بعضه وأن يولّي جميع ما اشتـرى من الطّعام لغيره قبل قبضه وأنّه لا فـرق في ذلك بين الطّعام والشّراب ما عـدا الماء. وأنّه لا فـرق في الطّعام بـين أن يكون من بيع أو من كـراء أو من صلح عن دم عمـد أو خلع كلّ ذلك لا يجوز بيعه قـبل قبضه وفـهم من قول النّاظم والبيع للطّعـام قبل القبض أنّ ما عدا الـطّعام يجوز بيعه قبل قبـضه. قال في المدوّنة: ما ابتعتـه أو أسلمك فيه عدا الطّعام، والشّراب، من سائر العـروض على عدد أو كيل، أو وزن فجائزٌ بيع ذلك كلّه قبل قبضه وقبل أجله من غير بائعك بمثل رأس مالك أو أكثر نقدًا أو بما شئت من الأثمان.

وبيع مـــعلومٍ بما قـــد جـــهـــلا   من جـنســـه تزابنٌ لن يـقـــبـــلا

يعني أنّ بيع الشّيء المعلوم القدر بكيلٍ أو وزن أو عدد بشيء مـجهول القدر وهما من جنسٍ واحد يسمّى بيع مزابنة وهو غير مقبول عند العلماء أي غير جائز لنهيه ﷺ عنه. قال الشّارح: والزّبن والزّبان هو الخطر والخطار ا هـ وإذا كان في بيع المعلوم بالمجـهول مخاطرةٌ

ابن سعيد في المعدود، وبه قال ابن حبيب لقول الحديث حتى يكتاله إلخ والحمد لله على الخلاف.
وفي الذخيرة: إذا بيع الطعام قبل قـبضه حيث لا يجوز ذلك ما نصّه: فإن قبضـه أي مشتريه قبل قبضه بائعه فالقياس الردّ إلى البائع الثاني لأن الأول قد برئ منه بقبض الأخير لأنه كقبض وكيله، وقيل يرد إلى البائع الأول ليأخذه مشتـريه منه لأنه مقتضى العقد الأول ولم يوف به، وليس للبائع إجازة البيع لأنه بيع الطعام قـبل قبضه اهـ. المقصود منه. وفي التـوضيح ما نصّه: وهل المنع من بيع الطعام قبل قبضه تعبد أو معقول؟ المعنى قولان، وعلى الثاني فقيل إنما نهي عن ذلك لأن أهل العينة كـانوا يتوصلون إلى الفسـاد ببيع الطعام قـبل قبضـه، فنهى عن ذلك سدًا لذريعة الفسـاد، وقيل: لأن للشرع غرضًا في ظهوره، فإنا لو جوزنا بيعه قبل قبضه لباعه أهل الأموال بعضهم من بعض من غيـر ظهور، بخلاف ما إذا منعـنا من ذلك فإنه حينئذ ينـتفع به الكيال والحمـال ويظهر للفقراء وتقـوى نفوس الناس به والله أعلم اهـ. بلفظه. وقوله: لأهل العينة إلخ قف على تفـسير مضمونة غاية بكلام الباجي وابن بشير وغيرهما وما هو الراجح في هذين القولين هل التعبّد أو هو معقول المعنى في الشرح.

(ص):

(وبيـع مـــعلوم بما قـــد جـــهـــلا   من جنســـه تزابـن لن يقـــبـــلا)

وهو الّذي في البيت فأحرى وجود المخاطرة في بيع مجهول بمجهول من جنسه. وفي صحيح مسلم «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة هو بيع العنب بالزّبيب كيلاً»[٩٨] .
المازريّ: المزابنة عندنا بيع معلوم بمجهول أو بيع مجهول بمجهول من جنس واحد فيهما.
(ابن عرفة: يبطل عكسه بيع) الشّيء بما يخرج منه حسبما يأتي ويكون في الرّبويّ وغيره. ا هـ.
فمن المزابنة بيع ثمر النّخل بالتّمر كيلاً وبيع الزّبيب بالعنب كيلاً وبيع زرع قائم أو محصود بكيل من البرّ أو زيتون في شجرة بكيل من الزّيتون وكبيع الرّطب بالبسر والبسر بالتّمر، وكذلك رطب كلّ ثمرة بيابسها. (التّوضيح) وتفسيرها الواقع في الحديث إنّما هو في الرّبويّ، وهو عند أهل المذهب لا يختصّ الرّبويّ لأنّ غير الرّبويّ، وإن لم يدخل تحت المزابنة فثمّ عمومات يدخل تحتها كالنّهي عن الغرر. ابن الحاجب: فإن علم أنّ أحدهما أكثر جاز فيما لا ربا فيه. التّوضيح: لانتفاء المزابنة إذ ذاك إذ المزابنة المدافعة من قولهم: ناقةٌ زبونٌ إذا منعت من حلابها ومنه الزّبانية لدفعهم الكفرة، فكأنّ كلّ واحد من المتبايعين يدفع صاحبه عن مراده، ويعتقد أنّه الغالب فإذا علم أنّ أحدهما أكثر انتفى هذا. وعموم قوله جاز فيما لا ربا فيه يشمل غير المطعومين، والمطعومين غير الرّبويّين وهو مقتضى النّظر ا هـ ويدخل في غير المطعومين نحو حرير، وكتّان بكتّان، وما أشبه ذلك، ويدخل في المطعومين غير الرّبويّين الفواكه، والخضر يباع الجنس منهما بجنسه.

تنبيهٌ: بقي على النّاظم من المزابنة بيع مجهول بمجهول، وتقدّم أنّه أحرى في المنع بما ذكر، واستثنى ما إذا كثر أحد العوضين كثرةً بيّنةً فإنّه جائزٌ فيما يجوز فيه التّفاضل كالصّوف والكتّان ونحوهما. أمّا ما يمتنع فيه التّفاضل كالطّعام الرّبويّ يباع بجنسه فيمتنع وإن تبيّن الفضل لأنّه وإن ذهبت المزابنة بالكثرة فقد خلفها ربا الفضل وكذا سلم الشّيء فيما يخرج منه كسلم سيف في حديد وغزل في كتّان فإنّه من المزابنة أيضًا كما تقدّم عن ابن عرفة ولو زاد بعد هذا البيت فقال:

قوله: **(ابن عرفة: يبطل عكسه إلخ)** هذا دخل في كلام الناس مجهول بمجهول من جنسه أو بيع معلوم بمجهول من جنسه أيضًا، وهكذا رسم الناس المزابنة، وذكرنا كلامهم في الشرح لقول المختصر: وكمزابنة مجهول بمعلوم أو مجهول من جنسه، وجاز أن كثر أحدهما في غير ربوي، ووجه دخوله في ما ذكر مبين في علة المنع في مسائل قول المختصر، ومصنوع لا يعود إلى آخر تلك المسائل المذكورة في كتاب السلم لأن بيع الصوف بثوب مثلاً يخرج منها الصوف مجهولة باعتبار ما قصد منها وهو الثوب الخارج، كما أن العنب مجهول باعتبار ما قصد منه وهو الزبيب وهو لا يدري كم يخرج من الزبيب، انظر المحل المذكور.

---

(٩٨) [حديث صحيح]: أخرجه البخاري (٢١٧١)، ومسلم (١٥٤٢)، وأبو داود (٣٣٦١)، والنسائي (٤٥٤٨)، وابن ماجه (٢٢٦٥) كلهم عن ابن عمر وفي الباب عن أبي هريرة أخرجه النسائي (٣٨٩٣)، وأحمد في المسند (٢/ ٤٨٤).

كـذاك مـجـهـولٌ بمجـهـولٍ عـدا إن كـثـر الفـضل ولا منعٌ بدا

وسلـم الشّـيء بشـيءٍ يخـرج مـنـه تـزابـنٌ وذاك المـنـهـج

وباء بشيءٍ «ظرفيّةٌ» والإشارة في قـوله وذاك المنهج إلى المنع المتقدّم في قول النّاظم في البيت: «لن يقبلا» واللّه أعلم.

فصل في بيع النقدين والحلي وشبهه

يعني بالنّقدين المسكوك منهمـا وبالحليّ المصوغ واللّه أعلم وضمير شبـهه للحليّ وشبه الحليّ هو المحلّى بأحد النّقدين. ا هـ.

والصّـرف أخـذ فـضّـةٍ في ذهب أو عكسـه ومـا تفـاضـلٌ أبي

والجـنـس بالجـنـس هـو المراطـلـة بالـوزن أو بالعـدّ فـالمبـادله

والشّـرط في الصّـرف تناجـزٌ فـقط ومـعـه المـثل بثـانٍ يـشـتـرط

ذكر في هذه الأبيـات تعريف الصّرف والمراطلة والمبادلة وشـروطها فأخبـر أنّ بيع أحد النّقدين بالآخر كبيع الذّهب بـالفضّة وبالعكس يسمّى صرفًا، ويجوز فيه التّـفاضل كما نبّه عليه بقـوله: وما تفاضلٌ أبي أي: امتنع وإنّـما يمتنع فيه التّـأخير ولو قريبًـا ويفسد بافتـقار المتصارفين اختيارًا وكذا غلبةً على المشهور، وكذا إن غاب أحد النّقدين عن مجلس الصّرف غيـبةً قريبةً كـداره أو حانوته لأنّ المناجزة شـرطٌ فيه كـما نبّه على ذلك بقـوله والشّرط في الصّرف تناجـزٌ فقط أي: دون التّمـاثل فلا يشترط كـما تقدّم فـيجوز بيع الفـضّة بالذّهب والذّهب بالفضّة مـتماثلاً أو متفاضـلاً لكن يدًا بيد من غير تأخير. وأخـبر أنّه إذا بيع أحد النّقدين بجنســه كذهب بذهب وفضّـة بفضّة فإن كـان بالوزن فإنّه يسمّى مـراطلةً وإن كان بالعدد فـإنّه يسمّى مبـادلةً، ويشترط في جـوازهما شرطـان التّماثل فـلا يباع ذهبٌ بذهب متفاضلاً ولا فضّةٌ بفضّة متفـاضلاً بل مثلاً بمثلٍ، ولو كان أحدهما أجود من الآخر أو أكثر عددًا أو أحدهما مصوغٌ والآخر ليس كذلك أو كانا غير مصوغين. والشّرط الثّاني: التّناجز فلا يجوز في ذلك تأخيرٌ أيضًا وعلى هذين الشّرطين نبّه بقوله: ومعه المثل بثانٍ يشترط أي: ويشترط مع التّناجز مـثل أي: التّماثل في القسم الثّاني الّذي هو بيع الجنس بجنسه فـضمير معه للتّناجز وباء بثانٍ ظرفيّةٌ وهو وصـفٌ لمحذوفٍ أي: في الوجه الثّاني وهذا نحو ما تقدّم

فصل في بيع النقدين والحلي وشبهه

(ص): والصرف أخذ فضة في ذهب. إلى آخر الأبيات الثلاثة.

في الطّعام من أنّه إذا بيع الطّعام الرّبويّ بجنسه فيحرم فيه الفضل والنّساء معًا وإذا بيع جنسه ربويًا أو غيره فلا يحرم إلاّ في النّساء فقط أي التّأخير. وعلى ذلك نبّه ابن الحاجب بقوله: ويحرم الفضل والنّساء فيما يتّحد جنسه من النّقود، ومن المطعومات الرّبويّة فلا بدّ من المماثلة، والمناجزة ويحرم النّساء خاصّةً فيما يختلف جنسه من النّقود، ومن المطعومات كلّها. انتهى يريد وكذلك فيما يتّحد جنسه من الرّبويّ فلا يحرم فيه إلاّ النّساء خاصّةً.
المواّق سمع ابن القاسم لا بأس بالمراطلة بالصّنجة في كفّة واحدة. ابن رشد: هي أصحّ لتيقّن المماثلة إذ قد يكون عينٌ أرجح من الأخرى في الميزان. وفيها: وجه المراطلة: اعتدال الكفّتين ولا يجوز أن يتجاوز أحدهما لصاحبه رجحان شيء. راطل أبو بكر أبا رافع خلخالين بدراهم فرجحت دراهم أبي رافع فقال هو لك حلالٌ فقال أبو بكر إن أحللته أنت فإنّ اللّه لا يحلّه ومنع القابسيّ أن يراطل سكيًّا بحليٍّ قبل معرفة وزن السكّي إذ لا يجوز بيع السكّيّ جزافًا. أجاز ذلك ابن عبد الرّحمن لأنّه متّفق الوزن. وقيل عن القابسيّ إنّه كره أن يتراطلا دراهم بدراهم أو دنانير بدنانير قبل أن يعلم كلّ واحد منهما وزن دراهمه أو ذهبه. ابن يونس والصّواب جواز ذلك إذ لا غرر فيه لأنّه إنّما يأخذ مثل دراهمه ومثل وزن ذهبه. وفي الموطّأ: لا بأس أن يأخذ أحد عشر دينارًا بعشرة دنانير إذا كان وزن الذّهبين سواءً. ا هـ. وقد تلخّص من هذه أنّ المراطلة على وجهين أحدهما: أن يجعل أحد العوضين في كفّة ثمّ يجعل العوض الآخر في الكفّة الأخرى والثّاني: أن يجعل الحجر الّذي يوزن به في كفّة ثمّ يجعل أحد العوضين في الكفّة الأخرى حتّى يعتدل مع الحجر ثمّ يفرغ ذلك العوض ويجعل مكانه العوض الآخر حتّى يعتدل مع الحجر أيضًا، والحجر لم يزل في كفّته الّتي وضع فيها أوّلاً وفي هذا الوجه قال ابن رشد إنّه أصحّ وأنّ المراطلة تجوز ولو جهل كلّ واحد منهما وزن دراهمه لأنّه أخذ مثل ما أعطى. هذا بعض ما يتعلّق بالمراطلة.
وأمّا المبادلة: فقال ابن الحاجب: المبادلة: لقبٌ في المسكوكين عددًا وهي جائزةٌ في العدديّ دون الوزنيّ. التّوضيح: يعني لا تجوز إلاّ في الدّنانير والدّراهم إذا كان التّعامل بهما عددًا فإن كان التّعامل بالوزن لم يجز إلاّ بالوزن فتعود مراطلةً اهـ. وإذا كان التّعامل بالعدد جازت في القليل والكثير واللّه أعلم. ما لم يكن أحد العوضين أوزن فتمنع إلاّ في التعدد اليسير وذلك ستّةٌ فما دون على المشهور. وكون النّقص يسيرًا سدسًا فما دون. ابن الحاجب: ويجوز إبدال القليل بأوزن منه يسيرًا للمعروف والتّعامل بالعدد. قال في التّوضيح: أجاز أي في المدوّنة أن يبدل السّتّة تنقص سدسًا بستّة وازنة على المعروف (الحطّاب: ومن شرطها أن تكون بلفظ المبادلة) وأن يكون واحدًا بواحد احترازًا من واحد باثنين وأن تكون السكّة واحدةً وعلى وجه المعروف لا المكايسة وأن تكون يدًا بيد ا هـ.

قوله: **(الحطاب ومن شرطها أن تكون بلفظ المبادلة إلخ)** تتبعنا كلام الناس الذي ننقل عنهم في شروط المبادلة فلم نجد هذا الشرط إلاّ في التوضيح وإن نسبه بعضهم للخمي وبعضهم لأبي

وتجوز في الدّنانير والدّراهم فيبدل درهمٌ بدرهمٍ ودرهمان بدرهمين وهكذا ويبدل دينارٌ بدينار وديناران بدينارين وهكذا قال الشّارح: وهي أي: المبادلة مختصّةٌ بما قلّ من العدد كالدّينار والدّينارين. الحطّاب: والمعتبر الأشخاص فعلى مذهب من منع أكثر من ثلاثة لا يجوز بدل أربعة قراريط ناقصة بأربعة قراريط وازنة ولا يقال إنّ الأربعة قراريط أقلّ من ثلاثة دراهم لأنّ المعتبر الأشخاص ا هـ.

تنبيهٌ: هذا الحكم المذكور في المبادلة هو إذا أبدل واحدٌ بواحد أو اثنان باثنين وهكذا إلى ستّة بستّة كما تقدّم وأمّا إذا أبدل شخصٌ واحدًا بمتعدّد غير مساوٍ له في الوزن كإبدال دينار بأربعة أرباعه وهي أنقص من الدّينار وزنًا أو إبدال ريالٍ واحد بأربعة وعشرين موزونةً مثلاً أو أكثر وهي أنقص من الرّيال وزنًا فنقل الموّاق في ذلك ما نصّه ابن رشد كره مالكٌ أن يعطي الرّجل المثقال ويأخذ أربعةً وعشرين قيراطًا معدودةً بغير مراطلة لأنّ الشّيء إذا وزن مجتمعًا ثمّ فرّق زاد أو نقص وأجاز ذلك ابن القاسم استحسانًا على وجه المعروف في الدّينار الواحدة كما أجازوا مبادلة الدّينار النّاقص بالوازن على وجه المعروف وفي المدوّنة: أمّا بدل دينار أو درهم بوزن منه فجائزٌ وذلك فيما قلّ بخلاف المراطلة لأنّ ذلك في المراطلة تكايسٌ وفي المبادلة معروفٌ. ابن رشد: يجوّز ذلك فيما قلّ مثل الدّينارين والثّلاثة إلى السّتّة على ما في المدوّنة وإن كان سحنونٌ قد أصلح في المدوّنة السّتّة وردّها إلى ثلاثة ا هـ. وهذا صريحٌ في جواز إبدال الدّينار بنصفي دينار أو بأربعة أرباعه وإن لم يتساو العوضان في الوزن، وعلى هذا اعتمد شيخ شيوخنا الإمام أبو عبد الله سيّدي محمّدٌ القصّار في فتواه بجواز إبدال ريالٍ كبير بعشرين موزونة يعني أو بأكثر حين صغرت الدّراهم وذلك في ريالٍ واحدٍ لا في أكثر ومأخذه في ذلك ظاهرٌ واللّه أعلم.

فرعٌ: سئل التّونسيّ عن مراطلة الدّراهم القديمة بالجديدة المحدثة الآن والقديمة أكثر فضّةً وهل يقتضى بعضها من بعضٍ من غير شرط وهما مختلفا الصّفة والنّفاق وهل لمن باع بالقديمة أن يقتضيها منها أم لا؟ فأجاب: المراطلة بها جائزةٌ لأنّ معطي الجديدة متفضّلٌ لا انتفاع له بما في القديمة من زيادة الفضّة إذ لو سكّت القديمة لخسر فيها ويغرم عليها لتصير جديدةً وقد أجاز أصحابنا مراطلة التّبر الجديد بالمسكوك وقد علم أنّه ترك الجودة للسكّة ولم يغرّم عليه، ومن باع بقديمةٍ قبل قطعها فليس له إلاّ هي، ومن رضي أن يؤدّي جديدةً عن قديمةٍ جاز لأنّه أعطى أفضل في النّفاق. ا هـ من أواخر السّفر الثّالث من المعيار.

وبيع ما حلّي ممّا اتّخذا   بغير جنسه بنقد نفذا

الحسن فانظره، مع أن كثيرًا من الفحول تعرضوا لهذه الشروط ولم يعرجوا على هذا الشرط الذي هو أن تكون بلفظ المبادلة، وكلام هذا الشارح هنا حسن في هذه المسائل.

(ص): وبيع ما حلي ممّا اتخذا. إلى آخر البيتين. هذا قال فيه في المختصر وجاز وإن ثوبًا

وكلّ مــا الفـضّــة فيــه والذّهب فـبـالعـروض الـبـيع في ذاك وجب

تكلّم في البيتين على ما يجوز أن يباع به المحلّى كالسّيف والمصحف وغيرهما ممّا حلّي بذهب أو فضّة، وكذا الثّوب المنسوج أو المغـروز بخيوط من ذهب أو فضّة وما لا يجوز أن يباع به فأخبر أنّ المحلّى بأحد النّقدين إذا كان جـائز الاتّخاذ كالسّيف للرّجل والثّياب للمرأة فإنّه يجوز بيعه بغير جنسه أي بغير جنس حليته، فإذا حلّي بذهب جاز بيعه بفضّة وإذا حلّي بفضّة جاز بيعه بذهب لكن إنّما يجوز ذلك إذا كـان نقدًا أي معجّلاً من غير تأخير لأنّه بيعٌ وصرفٌ فـيطلب فيه المناجـزة وذلك لأنّ العين المدفوعة في المحلّ بعـضها في مـقابلة نصل السّيف مثلاً أو في نفس الثّوب أو المصحف وهو بيعٌ. وبعضها في مقابلة الحلية وهو صرفٌ واجتماعهما تطلب فيه المناجزة كما تطلب في انفراد الصّرف وفهم من قوله: ممّا اتّخذ أنّ ما لا يجوز اتّخاذه كالسّيف للمرأة أو السّوار للرّجـل لا يجوز بيعه بذلك وفهم من قوله: بنقد أنّ بيعه بتأخير ممنوعٌ وهو كذلك إن كانت الحليـة غير تبعٍ بأن كانت أكثر من الثّلث وكذلك إن كانت تبعًـا على المشهور. وفهم من إطـلاق الجواز في بيعه بالنّقـد أنّه لا فرق بين كون الحلية تـابعةً أو متـبوعـةً أيضًا وهو كذلك، وهذه المـسألة مستثناةٌ من منع اجـتـمـاع البيع والصّرف للضّرورة وفـهم من قوله بغير جنسه أنّ بـيعه بجنس الحلية غيـر جائزٍ وهو كذلك لكن إذا كانت الحليـة غير تابعة للشّيء المحلّى بهـا هنا لا يجوز بيعه بجنس الحـلية وأمّا إن كانت تابعـةً فيجوز لكن بالتّـعجيل أيضًا لا بالتّأخيـر على المشهور. ابن الحـاجب: والتّبع الثّلث وقـيل دونه وقيل النّصف. التّـوضيح: الأوّل مـذهب المدوّنة ابن الحـاجب: ويعتـبر بالقيمة وقيل بالوزن مع قيـمة المحلّى. التّوضيح: سببهما هل تعتـبر الصّياغة أم لا؟ ومعنى كلامـه أنّا إذا بنينا على المشهور من أنّ التّـبع الثّلث أو على غيره مـن الأقوال (فهل يعتـبر التّبع) بالقيمة أو بالوزن فقط؟ فإن كان وزن الحلية عشـرين وبصياغتها تساوي ثلاثين وقيمة النّصل أربعين جاز على الثّاني دون الأوّل والقول باعتـبار القيمة. قال ابن يونس: هو ظاهر الموطّأ والموازية والثّاني ذكر الباجيّ أنّه ظاهر المذهب قياسًا على النّصاب في السّرقة، والزّكاة اهـ ولو زاد النّاظم بيتًا بعد البيت الأوّل فقال:

وبيــعـه بجنســه يجــوز إن حليــتــه ثلثًــا فـدونه قــمن

يخرج منه عين إن سبك بـأحد النقدين إن أبيحت وسمـرت وعجل بغير صنفه مـطلقًا وبصنفه إن كانت الثلث، وهل بالقيمة أو بالوزن خلاف، وإن حلي بهما لم يجز بأحدهما إلاّ إن تبعا الجوهر اهـ. فقول هذا الشـارح: وكذا الثوب إلخ هذا قال فيـه في المختصر إن كـان يخرج منه عين إن حرق، ولكن عبارة الشارح ربما تشعر بهذا لذكره الخيوط من الذهب.

قوله: **(فهل يعتـبر التبع إلخ)** الذي يظهر من ابن يونس ترجيح القـول باعتبار الوزن، وإن

لأفاد حكم بيعه بجنسه وقمنٌ في هذا البيت بمعنى حقيقٌ راجعٌ لكون الحلية ثلثًا أي: يجوز إن كانت حليته ثلثًا حقيقةً وهو إيماءٌ لاختيار القول باعتبار الوزن اعتمادًا على قول الباجيّ إنّه ظاهر المذهب. وهذه المسألة مستثناةٌ أيضًا من بيع الجنس بجنسه متفاضلاً للضّرورة هذا حكم المحلّى بأحد النّقدين وأمّا المحلّى بهما معًا كالسّيف المحلّى بالذّهب، والفضّة معًا أو المحلّى من الذّهب والفضّة معًا فلا يباع بذهب ولا بفضّة بل بالعروض والفلوس إلاّ إذا كان مجموعهما تبعًا للسّلعة (سواءٌ كان أحدهما تبعًا للآخر أوْ لا). إذا كان نقدًا فإذا كانا تبعًا فيباع بكلّ واحد من النّقدين. قاله ابن حبيب في الواضحة، وحكى اللّخميّ عليه الاتّفاق. قاله في التّوضيح وإلى هذا القسم أعني المحلّى بهما أشار النّاظم بالبيت الثّاني والجواز مقيّدٌ بالنّقد أيضًا كما في البيت الأوّل واللّه أعلم. تنبيهٌ: ما تقدّم من اشتراط النّقد إنّما هو إذا بيع المحلّى بذهب أو فضّة على التّفصيل المتقدّم، وأمّا إن بيع بالعرض فيجوز نقدًا وإلى أجلٍ وجميع ما تقدّم إنّما هو في الحلية المسمّرة الّتي في نزعها ضررٌ أمّا ما ليس كذلك كعقد جوهرٍ فيه قطعٌ من الذّهب فلا بدّ من نزعه وبيع كلٍّ بما يجوز أن يباع به.

فصل في بيع الثمار وما يلحق بها

ضمير بها للثّمار والّذي يلحق بالثّمار المقاثي والخضر.

بيع الثّمار والمقاثي والخضر ... بدوّ الصّلاح فيه شرطٌ معتبر

وحيث لم يبد صلاحها امتنع[99] ... ما لم يكن بالشّرط للقطع وقع

صدر ابن الحاجب باعتبار القيمة وعطف عليه اعتبار الوزن، قال ابن شاس: فالنظر القيمة لأنها المقصودة والوزن لأنه المعتبر في جوهر النقدين، قال بعض المتأخرين: والصحيح اعتبار القيمة إلخ، والحطاب قال قولان مشهوران ولم يذكر إلاَّ تصدير ابن الحاجب وفي ذلك ما لا يخفى فافهم.

قوله: **(سواء كان أحدهما تبعًا للآخر أو لا إلخ)** إذا كان أحدهما تابعًا للآخر ومجموعهما تابع للجوهر فإن بيع ذلك بالتابع لصاحبه منهما أي فصنف التابع جائز وهو قول قوي غاية، وربما يكون أقوى من القول الذي ذكره المختصر، قف على الشرح تر هذا عيانًا.

فصل في بيع الثمار وما يلحق بها

(ص): بيع الثمار والمقاثي والخضر إلخ البيتين. ما ذكره هذا الشارح في شرح هذين البيتين

---

(٩٩) لنهي النبي ﷺ: «عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها».

وهو حديث صحيح. أخرجه البخاري (١٤٨٦، ١٤٨٨، ٢١٩٨، ٢١٩٥، ٢٢٠٨)، ومسلم (١٥٣٤، =

يعني أنّه: يشترط في جواز بيع الثّمار كالعنب والتّمر وفي بيع المقاثي كالبطّيخ والفقّوس وفي بيع الخضر كاللّفت والفجل بدوّ الصّلاح في جميعها ثمّ صرّح بالمفهوم فقال: وحيث لم يبد صلاحها امتنع أي: بيعها إلاّ إذا بيعت على شرط أن تقطع في الحال فيجوز لكن بشروط تأتي وبدوّ الصّلاح في الثّمر هو الزّهو وذلك بأن تحمرّ أو تصفرّ وفي غيره بظهور الحلاوة أو اسوداد ما يسودّ كالزّيتون والعنب الأسود والتّهيّؤ للنّضج بحيث إذا قطع لا يفسد وفي مختصر الشّيخ خليل: وهو الزّهو وظهور الحلاوة والتّهيّؤ للنّضج وفي ذي النّور بانفتاحه والبقول باطّعامها وهل في البطّيخ الاصفرار أو التّهيّؤ للنّضج؟ قولان: وفي النّوادر من كتاب ابن الموّاز: قال مالكٌ: إذا أزهى في الحائط كلّه نخلةٌ أو داليةٌ بيع جميعه بذلك ما لم تكن باكورةً. مالكٌ، (وإن كان في الدّالية الحبّات) في العنقود أو العنقودين جاز بيعها، وكذلك كلّ ما تتابع طيبه. ثمّ قال مالكٌ ولا تباع البقول حتّى تبلغ إبّانها الّتي تطيب فيه ويكون ما قطع منها ليس بفساد. قال: وفي الجزر واللّفت والفجل والثّوم والبصل إذا استقلّ ورقه وتمّ، وانتفع به، ولم يكن ما يقلع منه فساداً جاز بيعه إذا نظر إلى شيءٍ منه. تنبيهٌ: يدخل في الثّمار الحبوب كالقمح والفول ونحوهما وبدوّ صلاحها (هوّ باليبس) فإن بيع بعد الإفراك وقبل اليبس مضى بقبضه، وإن علم به قبل أن ييبس فسخ. وإن لم يعلم به إلاّ بعد أن ييبس مضى البيع ولم يفسخ. ابن رشد: لم يحكموا له بحكم البيع الفاسد مراعاةً لمن أجاز منهم. ابن شهابٍ وأمّا إذا لم يبد صلاحها فلا تباع إلاّ على

هو كذلك في المختصر وشروحه. وقوله: **(وإن كان في الدالية الحبات إلخ)** قال ابن شاس في هذا ما نصّه: وقال القاضي أبو الحسن: إذا بدا الصلاح في جنس من الثمار في بستان في نخلة أو في بعضها ولو عذقًا في نخلة منه جاز بيعه كله بطيب البعض، وجاز بيع ثمر النخل الذي في البساتين حولها كلها إلخ، هذا لفظه في هذا فانظر إذا طلبتَ حبات من دالية فإنها تباع هي ولا إشكال، وهل يباع صنفها من الدوالي بذلك؟ فظاهر كلام من تقدم هو الجواز ولو عبّر بقوله ولو عذقًا تأمله. قوله: **(هو باليبس إلخ)** قال الجزولي: الحب لا يباع بيبس بعضه بل لا بدّ من يبس جميعه، والفرق بينه وبين الثمار حاجة الناس إلى الثمار من أكلها رطبة، ولأن الغالب في طيبها التتابع، وليست الحبوب كذلك لأنها للقوت لا للتفكّه، ومثله لابن عمر، ونقله الشاذلي وسلمه فانظره، مع أن الظاهر إذا يبس الجل بيع إذ الأقل يتبع الأكثر، مع أن الخلاف في بيعه بإفراكه قبل يبسه عند كثير من العلماء، بل قال في محل من المدونة في بيعه بإفراك أكثره ولم يعبر بالتحريم. وفي تبصرة اللخمي عن الموازية عن ابن شهاب: كان العلماء يقولون بدو صلاح الزرع إذا أفرك إلخ تأمل هذا كله.

= ١٥٥٥)، والنسائي (٤٥٣١، ٤٥٣٥)، وأحمد في المسند (٢/٤٦، ٥٩، ٧٩، ١٠٨)، وعبد الرزاق في المصنف (١٤٣١٤)، والطبراني في الكبير (١٣٤٦٣)، وابن حبان في صحيحه (٤٩٨١، ٤٩٨٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٠٠)، والبغوي في شرح السنة (٢٠٨٠).

شـرط أن تقطع في الحـال أو قريبًـا منه ولا يدّخـرها إلى الزّمـان الّذي تزيد فـيه قـال في التّوضـيح: وقيّده اللّخميّ بثـلاثة شروط: أوّلها: أن ينتفع به لنـهيه ﷺ عن إضاعة المال ثانيها: أن تدعو إلى ذلك حاجةٌ وإلاّ كانَ من الفـساد. ثالثها: أن لا يتمالأ أهل البلد على ذلك لئلا يعظم الفـساد. وأمّا بيـعها على شـرط التّبقـية فباطـلٌ وعلى الإطلاق بحيث لم يشتـرط القطع ولا التّـبقيـة فظاهر. المدوّنة يصحّ. وقـال العراقيّـون: يبطل. ا هـ وبعـضه بالمعنى، وكذلك يجوز بيعها مع الأصل أو وحـدها لمن اشترى الأصل وبقيت الثّمار المأبورة للبائع بناءً علـى أنّ الملحق بالعقد يعـدّ واقعًا فيـه وإلى هذا كلّه أشار الشّـيخ خليلٌ بقوله، وقبله مع أصله وألحق به أو علـى قطعه إن نفع واضطرّ له ولم يتمـالأ عليه على التّبقـية أو الإطلاق.

وخلفـة الـقـصـيل ملكـهـا حـريّ لبـــائع إلاّ بشـــرط المشـــتـــري
ولا يجـــوز في الثّـــمـــار الأجل إلاّ بما إثـمـــاره مـــتّـــــصل
وغـــــائبٌ في الأصـل لا يبــــاع إلاّ إذا يحـــــصل الانـتـــفـــــاع

اشتملت الأبيـات الثّلاثة على ثلاث مسائل: الأولى: أنّ من اشترى قـصيلاً لا تدخل في البيع خلفـته بل تبقى للبـائع إلاّ إذا اشترطهـا المشتري قـال الشّارح: وكذلك ما أشـبه القصيل في الخلفة كالقرط والقضب يجـوز اشتراط خلفة ذلك. وفي النّوادر قال ابن حبيب (وإنّما يجوز في القضب) والقرط والقصيل أن يشترط خلفته في بلد السّقي لا في بلد المطر إذ ليست الخلفة فيه بمأمونة وإذا لم تشترط الخلفـة فإنّما له الجزّة الأولى وإذا اشترطها فله ما خلفت وإن كانت خلفةً بعد خلفة وإنّما ذلك كـالبقول إذا بلغ أن ينتفع به إذا قطع جاز بيعه حينئذ وبيع مـا يطلع منه وإلى هذا أشار النّاظم بالبيت الأوّل. فرعٌ أفـتى ابن سراجٍ بجواز بيع القصيل بالطّعام نقدًا وإلى أجلٍ اتّفاقًا وبأنّه يبادر بجزّ القصيل فإن تركه حتّى حبّب فسخ البيع على المنصوص لابن القاسم. المسألة الثّانية: مسألة المدوّنة قال فيها مالكٌ ولا يجوز أن

(ص): وخلفة القصيل ملكها حري إلى آخر الأبيات الثلاثة.

قوله: **(وإنما يجوز في القضيب إلخ)** هذا صحيح كمـا في المتيطي، لأن الخلفة كبطن ثان، وفي خلفة القصيل كلام طويل غاية في فروع تتعلق بذلك، وقول هذا الشارح فرع أفتى ابن سراج إلخ في هذه المسألة كلام طويل وفيما يشبهـها، نقلناه عن المتقدمين والمتأخرين في الشرح عند قول المختصر: وخلفـة القصيل. وعبارة المتيطي في شيء من هذا هي قوله مـا نصّه: فصل ويجوز بيع القصيل قائمًـا بعد طيبه وإمكان رعيه، ولا يجوز شراؤه قـبل ذلك على تأخيره إلى أن يتم نباته، ويجوز شراؤه بطعام نقدًا أو إلى أجل على الجذ لا على التبقية اهـ. بلفظه. وربما يوافقه كلام ابن سراج إن تؤمل، وأصل ما في المتيطي لابن فتوح فقف عليه في الشرح إن شئت.

يشترى ما تطعم المقاثي شهرًا لاختلاف الحمل في كثرته وقلّته وفي المتيطيّة: وأمّا الموز والقرط والقضب فلا بدّ فيه من ضرب الأجل لأنّ مدّة بقائه مجهولةٌ وربّما بقي الموز سنين متعدّدةً وإلى هذا أشار بالبيت الثّاني المسألة الثّالثة: لا يجوز بيع المغيّب في الأرض كالجزر والفجل والبصل حتّى يحصل الانتفاع بها، ولم يكن في قلعها فسادٌ فذلك بدوّ صلاحها. وإلى هذا أشار بالبيت الثّالث.

وجائزٌ في ذاك أن يستثنى أكثر من نصفٍ له أو أدنى

ودون ثلثٍ إن يكن ما استثني بعددٍ أو كيلٍ أو بوزن

وإن يكن لثمرات عيّنا فمطلقًا يسوغ ما تعيّنا

تعرّض في الأبيات لحكم بيع الثّمار واستثناء بعضها فالإشارة في البيت الأوّل للثّمار والمقاثي والخضر ومغيّب الأصل كالجزر فأخبر بما حاصله: أنّه يجوز لبائع الثّمار وما ذكر معها استثناء الجزء الشّائع كالرّبع والثّلث والنّصف وأقلّ من ذلك وأكثر وإلى هذا أشار بالبيت الأوّل والدّليل على أنّ مقصوده الجزء الشّائع ما ذكر في البيت بعده وهو أنّه إذا استثنى كيلاً أو وزنًا أو عددًا فإن يكن ما استثناه مقدار ثلث تلك الثّمرة فأقلّ جاز ذلك وإلاّ فلا إلاّ، أنّ ظاهر قوله: ودون ثلث أنّ مقدار الثّلث نفسه من حيّز الكثير فلا يجوز استثناؤه (وليس كذلك) وهذان وجهان استثناء الجزء المشاع. واستثناء قدرٍ معلوم بكيلٍ أو وزن أو عدد والوجه الثّالث استثناء ثمرة شجرة أو شجرات بعينها وذلك جائزٌ أيضًا كان ذلك المستثنى قليلاً أو كثيرًا قال الشّارح: لأنّه غير مبيع فلا يدخله الخلاف الّذي في كون المستثنى مبيعًا أو مبقّى وقد أشار الشّيخ خليل للوجهين الأوّلين بقوله: وثمرةٌ واستثناء قدر ثلث ثمّ قال: وجزءٌ مطلقًا (ولم يذكر الوجه الثّالث) ونقل الشّارح على الوجهين الأوّلين عن المتيّطي ما نصّه: ويجوز لبائع الثّمرة أن يستثني جزءًا شائعًا منها قليلاً كان أو كثيرًا لأنّ البيع لم يتناول ذلك الجزء المستثنى هذا هو المشهور من المذهب. ثمّ قال: وللبائع أن يستثني من الثّمرة المبيعة كيلاً معلومًا فيما يكال أو وزنًا معلومًا فيما يوزن إذا كان المستثنى ثلث الثّمر فدون، ولا تجوز الزّيادة على ذلك ا هـ. ثمّ نقل على الوجه الثّالث ما نصّه: وفي النّوادر

(ص): وجائز في ذاك أن يستثنى إلى آخر الأبيات الثلاثة.

قوله: **(وليس كذلك إلخ)** صحيح ولا فرق في جواز استثناء الثلث كانت الثمرة بسرًا أو رطبًا أو تمرًا كما في الباجي وغيره، لأن المستثنى مبقي وبيّنا ذلك في الشرح. قوله: **(ولم يذكر الوجه الثالث)** كأنه غفل رحمه الله تعالى عن قول المختصر مستثنيًا من الممنوع ما نصّه: إلاّ البائع يستثني خمسًا من جنانه إلخ في فصل الربوي. وفي قول المختصر: إلاّ البائع إلخ كلام طويل من ابن عرفة وغيره نقلناه في الشرح، غير أن ما في النظم الاستثناء لثمر الشجرات، وما في المختصر للشجرات وثمرتها ولكن لا فرق إن تأملت الشرح.

عن الواضحة ومن باع ثمر حائطه واستثنى ثمر أربع نخلات بأعيانها جاز ذلك قلّت أو كثرت ا هـ وإلى هذا التّعميم في القليلة والكثيرة أشار النّاظم بالإطلاق:

وفي عصير الكرم يشرى بالذّهب أو فضّةٍ أخذ الطّعام يجتنب

يعني أنّ من باع عصير كرمه بذهبٍ أو فضّة فلا يجوز له أن يأخذ عن ثمنه قمحًا أو شعيرًا ولا غيرهما من سائر الطّعام لما في ذلك منّ اقتضاء الطّعام من ثمن الطّعام وهو ممنوعٌ نظرًا إلى ما آل إليه الأمر من طعامٍ بطعامٍ إلى أجلٍ وهذا الحكم (لا يختصّ بالعصير) بل كلّ طعامٍ كذلك لا يجوز أن يقتضي عن ثمنه طعامًا.

(ص):

(وفي عصير الكرم يشرى بالذهب أو فضة أخذ الطعام يجتنب)

قوله: **(لا يختص بالعصير)** صحيح قال ابن الحاجب ما نصّه: ويعتبر في الطعام مطلقًا أن من باع طعامًا إلى أجل لم يجز أن يشتري بذلك الثمن ولا بعضه طعامًا وإن خالفه لا قبل الأجل ولا بعده إلاّ أن يكون ككيله وصفته إن حمولة فحمولة وإن سمراء فسمراء اهـ. بلفظه. فكتب عليه في التوضيح ما نصّه: هذه المسألة نافعة للناظر في مذهب مالك لدخول أشياء كثيرة تحتها وهي ليست من بياعات الأجل وإنما أتى بها والله أعلم لمناسبتها في إلغاء الوسط وهو الذريعة والأليق بها كتاب السلم والصلح، ومعناها أن من باع طعامًا مطلقًا ربويًا أو غيره بثمن إلى أجل لم يجز له ولا للمحال من قبله أن يأخذ بذلك الثمن ولا بعضه ممّن هو عليه طعامًا وإن خالفه قبل الأجل أو بعده إلاّ أن يكون مثل الطعام الذي خرج من يده صفة ومقدارًا لعدم التهمة حينئذ ويعد حينئذ إقالة. وقوله بثمن إلى أجل يريد وكذلك الحال وتأخر قبض الثمن حتى افترق المتبايعان وليس هذا مخصوصًا في المذهب بالطعام، بل لا يجوز أخذ اللحم عن ثمن الحيوان ولا العكس، ولا أخذ طعام من أجرة كراء أرض للحرث، قال في المدّونة: ولا أخذ الثياب عن ثمن الغزل إذا مضى زمان يمكن أن تنسج فيه لأنه إجارة مجهولة، وأخذ القصيل عن ثمن الشعير بعد زمان يصير فيه قصيلاً، ولا السيوف عن الحديد، وضابطه كل ما لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر إلى أجل فلا يجوز أن يقضى أحدهما عن ثمن الآخر، كأخذ الطعام عن ثمن الطعام، وأخذ ثوب عن ثوبين أو العكس، وأخذ غزل عن ثمن كتان بعد مدة يمكن فيها النسج، وأخذ قصيل عن ثمن الشعير بعد مدة يمكن فيها نباته والله أعلم، هذا كله منه بلفظه، فاشحذ ذهنك في الفهم لتكون من أهل العلم إن كنت من أهل الحزم مستعينًا بمولاك الذي خلقك وسواك وفهمك وهداك. وقوله وضابطه إلخ لفقت ذلك بما نصّه:

وكل مال بيعه قد حرموا بغيره لأجل قد حكموا

بينهما يمنع أخذه قضا عن ثمن لصاحب من مرتضى

ومثل ذاك أخذ لحم البقر عن ثمن لغنم فاعتبر

فصل في الجائحة في ذلك

وكلّ مـا لا يستطاع الدّفع له جائحةٌ مثل الرّياح المرسلة
والجيش معدودٌ من الجوائح كفتنةٍ وكالعدوّ الكاشح

تعرّض في البيتين لتعريف الجائحة، فأخبر أنّها كلّ ما لا يستطاع دفعه كالرّيح العاصفة والجراد المنتشر، والجيش يمرّ بالنّخيل، والفتنة، والعدوّ، والمطر والبرد، والطّير، والنّار، ونحوهما. وفهم منه أنّ ما يستطاع دفعه كسارق ليس بجائحة وهو أحد قولين في المسألة قال في المدوّنة: قال ابن القاسم: كلّ ما أصاب الثّمرة من الجراد، والرّيح، والنّار والغزو، والبرد، والمطر، الغالب والدّود، وعفن، الثّمرة، في الشّجرة والسّموم فذلك كلّه جائحةٌ توضع من المبتاع إن أصابت الثّلث فصاعداً، أو الجيش يمرّ بالنّخل فيأخذ ثمرته فذلك جائحةٌ قال ابن القاسم ولو سرقها سارقٌ كانت الجائحة أيضًا وقال ابن نافع ليس السّارق بجائحة ابن يونس (وقول ابن القاسم أصوب) لأنّه فعل مخلوق لا يقدر على دفعه كالجراد. اهـ والكاشح: المضمر للعداوة وهو نعتٌ للعدوّ.

فإن يكن من عطشٍ ما اتّفقا فالوضع للثّمن فيه مطلقا
وإن يكن من غيره ففي الثّمر ما بلغ الثّلث فأعلى المعتبر
وفي البقول الوضع في الكثير وفي الّذي قلّ على المشهور
وألحقوا نوع المقاثي بالثّمر هنا وما كالياسمين والجزر

فصل في الجائحة في ذلك

وكل ما لا يستطاع الدفع له. إلى آخر البيتين.

قوله: **(وقول ابن القاسم أصوب)** قال في الشامل مختصراً لما في التوضيح ما نصّه: الجائحة ما لا يمكن دفعه من سماوي وجيش، وقيل بسماوي فقط لا سارق على المشهور، وقيل والسارق، وقيل إن لم يعرف وإلاّ تبعه المشتري مليًا أو غيره اهـ. بلفظه. والتشهير ذكره في التوضيح عن ابن عبد السلام وابن يونس صوب خلافه، وقول الشامل وقيل إن لم يعرف إلخ يقتضي أن هذا قيد فيه خلاف وليس كذلك وإنما هو قيد لقول ابن القاسم إنه جائحة إذا لم يعرف بلا خلاف عندهم، انظر الشرح في هذه الأمور ولا بدّ ولا بدّ، وما شهره ابن عبد السلام هو قول في المدونة وعليه أكثر الشيوخ كما في الباجي، بل في نوازل المعاوضات من المعيار أن السلطان الجائر إذا أخذ الثمرة المشتراة فذلك جائحة إلخ، وربما يشمله قول الفقهاء ما لا يستطاع دفعه.

(ص): فإن يكن من عطش ما اتفقا. إلى آخر الأبيات الأربعة.

حاصل الأبيات أنّ الجائحة إن كانت من العطش فإنّه يوضع عن المشتري ثمن ما اجتيح (قليلاً كان) أو كثيراً وإليه أشار بالإطلاق وإن كانت من غير العطش يفصّل في ذلك ففي: الثّمار لا يوضع إلاّ ما بلغ الثّلث فأكثر، ويلحق بالثّمار في اعتبار الثّلث أنواع المقاثي وما كالياسمين، ومغيّب الأصل كالجزر حسبما صرّح به النّاظم في البيت الرّابع على بحث يأتي معًا في مغيّب الأصل. وأمّا البقول فتوضع جائحتها قلّت أو كثرت على المشهود. قال مالكٌ: من اشترى شيئًا من البقول السّلق والبصل والجزر والفجل والكرّاث وشبه ذلك فإنّه يوضع قليل ما أجيح من ذلك وكثيره. ابن الموّاز: واللّفت، والأصول، المغيّبة في الأرض ممّا لا يدّخر هي بمنزلة البقل. سحنونٌ: وأمّا الزّعفران والرّيحان، والبقل، والقرط، والقضب فإنّ الجوائح توضع في قليلها وكثيرها ولا تصحّ فيها المساقاة ا هـ من الموّاق.
(تنبيهٌ: ما ذكره النّاظم) من إلحاق مغيّب الأصل كالجزر بالثّمار فلا توضع جائحته إلاّ إذا بلغت الثّلث هو أحد قولين في المسألة ونقله في العتبيّة عن سحنون عن ابن القاسم حسبما نقله الشّارح وتقدّم قريبًا في نقل الموّاق أنّه بمنزلة البقل توضع جائحته وإن قلّت وعليه درج الشّيخ خليلٌ حيث قال وتوضع من العطش وإن قلّت كالبقول والزّعفران والرّيحان والقرط والقضب وورق التّوت ومغيّب الأصل كالجزر والجزر الإسفرانية وانظر هل يحاول على إفادة الخلاف في مغيّب الأصل من النّظم وذلك إن أعربنا قوله والجزر مبتدأً وقولٌ: في البيت بعده والقصب عطفٌ عليه وجملة به قولان خبرٌ عن الجزر وما عطف عليه وباء به ظرفيّةٌ وضميرها للمذكور من جزرٍ وقصبٍ لأنّ ذكر الخلاف أولى من الاقتصار على غير المشهور. ونقل الشّارح عن الاستغناء ما نصّه: من جعل في الفجل والجزر واللّفت والأصول المغيّبة الجائحة في الثّلث فصاعدًا يجعل فيها الشّفعة. ومن جعل الجائحة فيها في القليل والكثير كالبقول لم يجعل فيها الشّفعة والأحسن فيها قول المدوّنة أن لا شفعة فيها وليست كالباذنجان والمقاثي لأنّ هذه لها ثمرةٌ تخرج عن أصولها تجتنى وتبقى أي الأصول، ا هـ قوله وليست كالباذنجان والمقاثي أي اللّذين لا توضع جائحتهما إلاّ إذا بلغت الثّلث بل توضع من مغيّب الأصل وإن قلّت لأنّها إذا جنيت لم يبق لها أصلٌ. تنبيهٌ ثانٍ: يتعلّق بقول النّاظم وإن تكن

قوله: **(قليلاً كان إلخ)** أي ما لم يكن تافهًا لا خطب له وهذا هو البين، وقد نصّ عليه المتيطي وغيره، وهو في أنفاس ابن الناظم أيضًا وإن كان ظاهر المدونة الإطلاق، وكذا كلام غير واحد، وقد ذكرنا ذلك في الشرح، وهذا جار أيضًا في البقول لأن غالب جائحته من العطش كما في التوضيح.

قوله: **(تنبيه: ما ذكره الناظم إلخ)** مغيب الأصل قال فيه في التوضيح: مذهب المدونة أنه كالبقول، ولكن كون جائحته في الثلث قول قوي كما يدل عليه كلام ابن الناظم، وانظر الشرح إن شئت هنا وفي باب الشفعة عند قول المتن وكثمرة إلخ، وما طول به هذا الشارح فلا يخفاك بعد معرفة الفقه.

من غيره .ففي الثّمر البيت أشار الشّيخ خليلٌ للمسألة بقوله: وتوضع جائحة الثّمار كالموز والمقاثي قال الشّيخ ابن غازي: نبّه بالثّمار على ما يدّخر كالتّمر والعنب ونبّه بالموز على ما لا يدّخر كالخوخ والرّمّان ونبّه بالمقاثي على ما يطعم بطونًا كالورد والياسمين حسبما هو مبسوطٌ في المدوّنة وينطبق قوله وإن بيعت على الجذّ على الجميع ا هـ.

والقصب الحلو به قولان ... كورق التّوت هما سيّان

يعني أنّ: في القصب الحلو وورق التّوت قولين هل يلحقان بالثّمار؟ فلا توضع الجائحة فيهما إلاّ إذا بلغت الثّلث فأكثر أو يلحقان بالبقول فتوضع جائحتهما وإن قلّت، نقل الشّارح عن النّوادر أنّ الجائحة في قصب السكّر لا توضع حتّى تبلغ الثّلث. وأنّه قول ابن القاسم. ثمّ نقل عن كتاب ابن الموّاز أنّ الجائحة توضع في قصب السكّر وإن قلّت. ونقل أيضًا عن الواضحة قال وجائحة ورق التّوت الّذي يباع ليجمع أخضر لعلف دود الحرير كجائحة البلح وشبهه يوضع الثّلث فصاعدًا وليس كالبقل. وروى أبو زيد في ورق التّوت عن ابن القاسم في العتبيّة أنّه كالبقل يوضع منه ما قلّ وما كثر (وذهب الشّيخ خليلٌ) على عدم الجائحة في قصب السكّر رأسًا لا يجوز بيعه حتّى يطيب ويمكن قطعه وليس هو ببطون وقيل فيه الجائحة وعلى هذا فهل هو كالثّمار أو كالبقول؟ القولان المتقدّمان وإنّما شرحنًا القولين في قصب السكّر بما ذكر دون القول بالجائحة وعدمها ليوافق القولين في ورق التّوت على أنّه كالبقل توضع جائحته وإن قلّت لكونه قول ابن القاسم.

وكلّها البائع ضامنٌ لها ... إن كان ما أجيح قبل الانتها

يعني أنّ: الثّمار كلّها في ضمان البائع فيرجع عليه بجائحتها إذا أجيحت قبل انتهاء

(ص):

(والقصب الحلو به قولان ... كورق التوت هما سيان)

قوله: **(وذهب الشيخ خليل إلخ)** ما مرَّ عليه في المختصر هو مذهب المدونة ولكن في المسألة خلاف قوي وأنه فيه الجائحة إذا بلغ الثلث وهو قول ابن القاسم ورواه عنه سحنون في المدونة، قال ابن يونس هو القياس واستحسنه وهو الذي قاله ابن حبيب وقد حصل فيه أي القصب الحلو ثلاثة أقوال: إسقاط الجائحة وثبوتها في القليل والكثير وثبوتها إن بلغت الثلث، فما في النظم قوي من وجوه الشفعة فيه إن بلغ الثلث فافهم، ومرَّ في المختصر على الجائحة في ورق التوت وإن قلّت، وفي أبي الحسن ورق التوت كالبلح جائحته الثلث فصاعداً. وروى أبو زيد عن ابن القاسم أنه كالبقول إلخ فمرَّ في المختصر على قول ابن القاسم عادته في الغالب.

(ص):

(وكلها البائع ضامن لها ... إن كان ما أجيح قبل الانتها)

الطّيب ومفهومه أنّ ما أجيح بعد انتهائه فلا يرجع به على البائع وضمانها حينئذ من المشتري وإنّما كانت في ضمان البائع قبل انتهاء الطّيب لأنّ للمشتري حقًّا على البائع في إبقاء الثّمرة في أصولها لصلاحها وكمال طيبها فقد بقي له فيها حقّ توفية وله على البائع سقيها وظاهر النّظم أنّ بانتهاء الطّيب تخرج من ضمان البائع وإن لم يمض من الزّمان ما يمكنه فيه قطعها. وهو أحد أقوال ثلاثة. (قال الحطّاب ناقلاً عن ابن رشد) في المقدّمات أحدهما أنّ الثّمرة تدخل في ضمان المشتري ويسقط عن البائع فيها حكم الجائحة بتناهي طيبها وإن لم يمض من المدّة بعد تناهي طيبها ما يمكنه فيه قطعها الثّاني: من الأقوال أنّها لا تدخل في ضمانه ولا يرتفع عن البائع حكم الجائحة إلاّ بعد تناهي طيبها وأن يمضي من المدّة بعد تناهي طيبها ما لو شاء المبتاع أن يجذّها فيه جذّها. الثّالث: أنّها لا تدخل في ضمانه ويرتفع عن البائع حكم الجائحة حتّى يمضي من المدّة بعد انتهاء طيبها ما جرى عليه العرف من التّراخي في ذلك واشترى عليه المشتري ودخل عليه البائع لأنّ العرف البيّن عندهم كالشّرط وهذه مسألةٌ جيّدةٌ مستقصاةٌ محصّلةٌ غاية التّحصيل لم أرها مجموعةً ولا مخلّصةً محصّلةً لمتقدّمٍ ولا سمعتها من متأخّرٍ واللّه الموفّق الهادي بعونه ا هـ كلامه ونقله ابن عرفة بتمام معناه في أوجز عبارةٍ وألطف إشارةٍ. ونصّه ابن رشد فيما أجيح قبل كمال طيبه: الجائحة اتّفاقًا لحقّ المبتاع في بقائها حتّى تيبس وما أجيح بعد إمكان جذاذه بعد طيبه وقبل مضيّ ما يؤخّر إليه جذّه عادةً يجري على اختلاف قول مالك في البقول وما أجيح بعده من مبتاعه اتّفاقًا ففي كون الثّمرة من مبتاعها يتناهى طيبها وإن لم يمض ما يمكنه فيه جذّها أو بمضيّها. ثالثها: بمضيّ ذلك وما يجري العرف بالتّأخير إليه وهذا تحصيلٌ لم أره لغيره ا هـ وقول ابن عرفة في الوجه الثّاني على اختلاف قول مالك في البقول أي لأنّه قال مرّةً فيها الجائحة، ومرّةً لا جائحة فيها. فالثّمرة بعد بدوّ صلاحها كالبقول ويجري الخلاف في هذا الوجه أيضًا على الاختلاف في ضمان المكيل إذا تلف بعد أن يمتلئ في يد المشتري وقبل أن يفرغه في وعائه.

قوله: **(قال الحطاب ناقلاً عن ابن رشد إلخ)** هذه مسألة كثر فيها الكلام وشاع فيها الخصام بين الفحول الأعلام وقد استوفيناه في الشرح، والذي تحصل لنا من كلامهم بعد تأمله أن ما اشترى بعد اليبس كالتمر بالمثناة والزرع فلا جائحة فيه أصلاً لأنه كصبرة، وكذا ما انتهى طيبه وأخر لسوق أو لشغل، وأما إن انتهى طيبه والعادة أنه يؤخذ مرة واحدة فلا جائحة فيه، وإن كان العادة فيه أنه يوخذ شيئًا فشيئًا ففيه الجائحة، كالمشتري على القطع فإن فيه الجائحة لكونه لا يؤخذ مرة واحدة، وأما إذا انتهى طيبه وبقي لحفظ نضارته ففيه خلاف، وظاهر المختصر لا جائحة فيه، ولكن إنما يحسن ذلك فيما يقطع مرة واحدة بحسب العادة، وظاهر المختصر مذهب ابن القاسم وهو المشهور كما في المتيطي، وبه يسقط اعتراض ح على المختصر، وكذا من تبع ح. وأما قولنا يحسن إلخ أي وأما إذ انتهى طيبه والعادة أنه يجذ شيئًا فشيئًا فظاهر كثير من النقول أنه لا جائحة فيه ولكن يشكل ما بيع على الجذاذ وهو قول المتن وإن بيعت على الجذ أي ففيها الجائحة، وقد

تنبيهات: الأوّل: لم يذكر النّاظم كيفيّة الرّجوع على البائع بالجائحة وفي ذلك تفصيلٌ لأنّ الثّمار على قسمين: الأوّل: أن يكون ما بيع من الثّمر ممّا شأنه أن ييبس ويدّخر ويحبس أوّله على آخره حتّى يجذّ جميعه، وسواءٌ كان ممّا يخرص أو لا وذلك كالتّمر، والعنب، والزّيتون، والجوز واللّوز، والفستق، ونحو ذلك فهذا إذا أجيح منه القدر المعتبر في الجائحة وهو ثلث المكيلة فأكثر وضع عن المشتري نسبة ما أجيح من الثّمن قولاً واحداً. ولا يلتفت هنا إلى القيمة فإن أجيح مثلاً ثلث مكيلة الحائط وضع عن المشتري ثلث الثّمن، أو النّصف وضع عنه نصف الثّمن ونحو ذلك وإن أجيح أقلّ من ثلث الثّمرة في المقدار لم يوضع عنه شيءٌ ولا تقويم في هذه الأشياء لأنّ لمبتاعها تعجيل جذّها أو تأخيرها حتّى تيبس. وقريبٌ من هذا اللّفظ في المدوّنة قال الشّيخ أبو الحسن الصّغير لا تقويم في هذه الأشياء لأنّ قبّة المجاح وغيره متساويةٌ لا تتفاوت فلا فائدة للتّقويم بخلاف ما يتفاوت طيبه وما اختلفت بطونه فإنّ القيمة فيه مختلفةٌ. ا هـ القسم الثّاني: قال ابن القاسم: وما بيع ممّا يطعم بطونًا كالمقاثي والورد، والياسمين، وشبهه أو من الثّمار، أو ممّا لا يخرص ولا يدّخر ممّا يطعم في كرة إلاّ أنّ طيبه يتفاوت، ولا يحبس، أوّله على آخره كالتّفّاح، والرّمّان، والخوخ والتّين فإنّ أجيح شيءٌ من ذلك نظر فإن كان ما أصابت الجائحة منه قدر ثلث الثّمرة في النّبات فأكثر أوّل مجناه أو وسطه أو آخره حطّ من الثّمن قدر قيمته في زمنه من قيمة باقيه كان في القيمة أقلّ من الثّلث أو أكثر. وإن كان المجاح من الجميع أقلّ من الثّلث في كيلٍ أو وزن لا في القيمة فلا يوضع فيه جائحةٌ زادت قيمته على الثّلث أو نقصت مثل أن يبتاع مقثأةً بمائة

سأل ابن عبدوس سحنونًا فقال: لم أجعل فيها الجائحة أي الثمرة المشتراة على الجذاذ ولا سقي على البائع فقال: لأن معناه أن المشتري يأخذ ذلك شيئًا فشيئًا وعلى قدر الحاجة، ولو دعاه البائع على أن يأخذه في يومه لم يكن له ذلك إلخ. وقد نقلناه في الشرح والمدونة فيها أن الجائحة فيما اشترى على الجذاذ، ولعل الجواب عن ذلك أن ما تناهى طيبه يمكن جذّه مرة واحدة إذ لا فساد في ذلك في الجملة، ولا كذلك ما اشترى على الجذاذ كما يفهم من تعليل ابن يونس في كون الجائحة فيما اشترى على الجذاذ، والحاصل الضرر في قطع ما لم يطب في مرة أكثر ممّا طاب في قطعه مرة واحدة، ويحتمل وهو الظاهر أن من قال لا جائحة فيما تناهى هو حيث لم تجر عادة بقطعه شيئًا فشيئًا، ومن قال فيه الجائحة هو حيث تكون العادة جذّه مرة بعد مرة وعليه فلا اختلاف بينهم لكن لم أر من قاله لكنه ظاهر من تأمل كلامهم، وقد نقلناه في قول المختصر على هذا، وإن بيعت على الجذّ أي ويأخذها شيئًا فشيئًا يفهم منه أن قوله وإن تناهت إلخ أن ذلك حيث تجري عادة بقطعه مرة واحدة ويدل للجمع المذكور من فصل في ذلك وقد نقلناه في كلام ابن عرفة، فمن قال لا جائحة أراد ما يقطع في مرة، ومن قال بالجائحة أراد غير مرة وهذا تفصيل المفصل، فالمطلق لكلامه يقيد بكلام غيره إذا ظهر لذلك وجه احتمل الأمر التقييد فافهم قوله وحاصله إلخ، هذا فيه كلام طويل في الشرح واختصاره يطول بنا فانظره إن شئت.

درهمٍ فـأجيح بطنٌ منهـا ثمّ جنى بطنين فـانقطعت فإن كـان المجاحُ ممّا لم يجح قـدر ثلث النّبات بعد مـعرفة ناحية النّبات وضع قـدره. وقيل ما قيمة المجـاح في زمنه؟ فقيل ثلاثون والبطن الثّاني عشرون والثّالث عشرةٌ في زمانيها لغلاء أوّله. وإن قلّ ورخص آخره وإن كثر فيرجع بنصف الثّمن. وكذلك لو كان المجاح تسعـة أعشار القيمة لرجع بمثله من الثّمن وإن كان أقلّ من الثّلث فـي النّبات لم يوضع منه شيءٌ وإن كان قـيمتـه تسعة أعـشار الصّفـقة وكذلك فيما يتفاوت طيبه ممّا ليس بطنًا بعد بطنٍ ا هـ من الموّاق وهذا الّذي ذكره هو المشهور وحاصله أنّه يقوّم المجاح في وقته وغير المجاح في وقته ثمّ ينسب قيمة المجاح من المجموع، فإن كـانت ثلثًا رجع بثلث الثّـمن، وإن كانت ربعًا رجع بربـع الثّمن، وإن كان وإن نصـفًا رجع بنصف الثّمن، وهكذا. وقيل إنّ الجائحة معتبرةٌ بثلث القيمة فإن أجيح قيمة ثلث ذلك أو أكثر وضع عن المشتري نسبة ذلك من الثّمن وإلاّ فلا. وهذا قول أشهب في المدوّنة أيضًا وغيـرها وإلى هذين القولين أشـار الإمام ابن الحاجب بقـوله: ويعتبـر ثلث المكيلة لا ثلث القيمة مطلقًا عنـد ابن القاسم فيحطّ من الثّمن قدر قيمتـه من باقيه كانت أقلّ من الثّلث أو أكثر وقال أشهب: المعتبر ثلث القيمة، ولو كان يحبس أوّله على آخره كالعنب، والرّطب، فـبالمكيـلة باتّفاقٍ. ا هـ فـقـوله مطلقًـا عند ابن القـاسم أي: كان ممّا يطـعم بطنًا أو بطونًا كالمقاثي، والورد، والياسمين ويحتمل: بلغ ثلث القيمـة أم لا وقوله: قدر قيمته أي: قيمة المجاح الّذي هو الثّلث فـأكثر منسوبًا من قـيمة المجمـوع ما أجيح وما لم يجح كـما تقدّم فبتلك النّسـبة يرجع من الثّمن. وقوله باتّفـاقٍ قال في التّوضيح حكى جمـاعةٌ هذا الاتّفاق كالمؤلّف لكنّه مقيّدٌ بأن يكون صنفًا واحدًا ولو كان أصنافًـا كالبرنيّ والجعروريّ والصّيحانيّ لجرى على الخلاف. ا هـ. أي: المتقدّم بين ابن القاسم وأشهب هل المعتبر المكيلة أو القيمة؟ الثّاني: إذا بقي بعد الجائحة شيءٌ فـإنّه يلزم المشتري بما ينوبه من الثّمن وإن قلّ وليس له ردّ ذلك على البائع وأخذ جميع ثمنه كما إذا اسـتحقّ جلّ المبيع إذ لا سبب للبائع في الجائحة ففارق ذلك حـكم الاستحقاق والـرّدّ بالعيب. قاله ابن رشد وإلى ذلك أشـار الشّيخ خليل بقوله: ولزم المشتري باقيـها وإن قلّ. الثّالث: غلوّ السّعر غير مسـقطٍ للرّجوع بالجائحة قال الحطّاب صرّح بذلك ابن شعبان في الزّاهي ونصّه ولو أجيح وغلا ثمن الثّمرة حتّى زاد على المعلوم من الأثمان لو لم تكن جائحةٌ ما سـقطت. ا هـ، ومن أراد تتبّع مسائل هذا الفصل فعليه بتأليف الإمام الحطّاب في مسائل الجـوائح المسمّى بالقول الواضح في مسائل الجوائح. الرّابع: إنّما قـدّمنا في هذا الفصل بعض الأبيـات على بعضٍ لما رأينا في ذلك من المناسـبة والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في بيع الرقيق وسائر الحيوان

بيع الرّقيق أصله السّلامة وحيث لم تذكر فلا ملامهْ

وهو مبيحٌ لـلقيام عندما يوجب عيبٌ بالمبيع قدّما

يعني أنّ: الأصل في بيع الرّقيق السّلامة من العيب فإن نصّ عليها فلا إشكال، وإن تذكّر فلا ملامة في عدم ذكرها، والبيع محمولٌ عليها، وإن سكت عنها استصحابًا للأصل فلذلك كان للمشتري القيام بالعيب القديم يجده بالمبيع لا يحدث مثله عند المشتري ما لم ينصّ على البراءة فلا قيام للمشتري على البائع حينئذ بعيب إلاّ بما ثبت تدليسه به. وإلى إباحة قيام المشتري بالعيب القديم أشار المؤلّف بقوله: وهو مبيحٌ البيت والضّمير لبيع الرّقيق الّذي أصله السّلامة يعني ما لم يدخل على البراءة فلا قيام له كما ذكر. قال ابن سلمون: بيع الرّقيق على وجهين على السّلامة من العيوب وعلى البراءة ويكتب في الوجه الأوّل اشترى فلانٌ من فلان مملوكةً روميّةً اسمها كذا، أو مملوكةً سوداء جناوية أو بربرية اسمها كذا، أو مملوكًا اسمه كذا ونعته كذا، بثمنٍ مبلغه كذا يدفعه لأجل كذا وقبض المشتري ما اشتراه بعد النّظر، والتّقليب، والرّضا على الصّحّة من جميع العيوب، أو بعد العلم أنّ بها من العيوب كذا وكذا فرضيها، والتزمها، وعلى السّلامة ممّا عدا ذلك، وشهد عليهما بذلك وبمحضر المملوكة، وعلى عينها وإقرارها بالرّقّ لبائعها المذكور إلى أن عقد عليها هذا البيع المسمى وفي تاريخ كذا. **بيانٌ**: فائدة الاعتراف بالرّقّ أنّه قد يثبت حرّيّةٌ والبائع عديمٌ والعبد أو الأمة ذو مال فيرجع عليه بالثّمن. وفي كتاب الاستغناء أنّه لا قيام له بعد ذلك بالحرّيّة إن ادّعاها وقولنا على الصّحّة والسّلامة بيانٌ حسنٌ وإن سكت عنه فالبيع محمولٌ على ذلك الوجه حتّى ينصّ فيه أنّه على البراءة وحكم هذا البيع أنّ ما ألفى في المبيع من عيبٍ أقدم من أمد البيع رجع به. اهـ ويأتي الكلام على بيع البراءة حيث ذكره النّاظم.

فصل في بيع الرقيق وسائر الحيوان

(ص): بيع الرقيق أصله السلامة. إلى آخر البيتين. قال في المختصر: ومنع منه بيع حاكم ووارث رقيقًا فقط بين أنه أرث وخير مشتر ظنه غيرهما وتبرّى غيرهما فيه ممّا لم يعلم إن طالت إقامته، وإذا علمه بين أنه به ووصفه أو أراه له ولم يجمله اهـ. فقوله رقيقًا فقط هو راجع لبيع الحاكم والوارث كما هو ظاهر المتن وإن كان في المسألة خلاف، وهذا هو الذي يظهر رجحانه من الخلاف ولا يشترط في الحاكم والوارث أن يتبرآ من العيب كان يسيراً أو لا وإنما يشترط أن يكون البائع حاكمًا أو وارثًا فقط وإذا لم يعلم المشتري بأن من باع منه حاكم ولا وارث ثم اطلع على أنه حاكم أو وارث فله الخيار في حل البيع عنه وإن لم يظهر عيب في المشترى لأنه بيع براءة ولم يعلم بذلك وهو قول المتن وخير مشتر إلخ. وقوله: ومنع منه أي ولو وقع الشراء ببراءة وبيع

(فرعٌ: نقل الشّارح) عن المقرّب ما نصّه ولمالك في سماع أشهب أنّه قال: من اشترى بالبراءة فلا يبيع بيع الإسلام وعهدته حتّى يخبر أنّه اشتراه بالبراءة ومن اشترى ببيع الإسلام وعهدته فلا يبيع بالبراءة لأنّ هذا ممّا يكون في مثله التّدليس إلاّ رجلاً باع لدينٍ عليه، أو في ميراث، أو بيع السّلطان فإنّ لهؤلاء أن يبيعوا بيع البراءة وإن كانوا قد ابتاعوا بيع الإسلام وعهدة الإسلام. ا هـ.

والعيب إمّا ذو تعلّقٍ حصل ثبوته فيما يباع كالشّلل
أو ما له تعلّقٌ لكنّه منتقلٌ عنه كمثل الجنّه
أو بائنٌ كالزّوج والإباق فالرّدّ في الجميع بالإطلاق
إلاّ بأوّلٍ بما منه ظهر لمن يكون بالعيوب ذا بصر
والخلف في الخفيّ منه والحلف يلزم إلاّ مع تديّنٍ عرف

يعني أنّ: عيوب الرّقيق على ثلاثة أقسام: - أحدها: أن يكون متعلّقًا به تعلّق ثبوت لا ينتقل عنه كالشّلل والقطع والكيّ ونحو ذلك والثّاني: أن يكون متعلّقًا به تعلّق انتقالٍ كالجنون، والبول في الفراش ونحو ذلك. والثّالث: أن يكون بائنًا عنه كالسّرقة والإباق والزّوج ونحو ذلك. وإلى هذه الأقسام أشار بالبيتين الأوّلين وشطر الثّالث والشّلل يبس الكفّ لجرحٍ أو غيره فمن اشترى رقيقًا فوجد فيه عيبًا قديمًا من القسم الثّاني والثّالث فله الرّدّ به كان المشتري عارفًا بالعيوب أو غير عارفٍ بها، وكذلك له الرّدّ بعيوب القسم الأوّل لغير العارف ظاهرًا كان العيب أو خفيًّا. وأمّا العارف فلا ردّ له بما كان منه ظاهرٌ، تقديمًا للغالب الّذي هو رؤيته والعلم به على الأصل الّذي هو الجهل به وأمّا الخفيّ ففي رجوع العارف به قولان: أحدهما: أنّه لا ردّ له رواه ابن حبيبٍ وغيره عن مالكٍ. والثّاني: أنّه يردّ

الحاكم ونحوه ولم يذكروا أنه بيع براءة فإنه لا يرجع المشتري. وجلبنا نص ذلك عند قول المتن كبيع بعهدة ما اشتراه ببراءة. وقوله: وتبري غيرهما فيه أي في الرقيق، والإقامة الطويلة حددت بستة أشهر. وقوله: وإذا علمه أي علم العيب. وقوله: بين أنه به أي المبيع ولا فرق حيث يكون العيب بالمبيع بين أن يكون المبيع رقيقًا أو غيره، وإنما يفترق الرقيق من غيره في التبري من العيب الذي لم يعلمه البائع فيصحّ ذلك في الرقيق ولا يصحّ في غيره لأن الرقيق يكتم عيبه في الجملة، وهنا كلام طويل في الشرح واكتفينا بهذا لتفهم به ما أشار إليه هذا الشارح.

قوله: **(فرع: نقل الشارح إلخ)** صدر هذا الفرع هو قول المتن: كبيع بعهدة ما اشتراه ببراءة ونقلنا هذا الكلام بتمامه هنا.

(ص): والعيب إما ذو تعلق حصل إلى آخر الأبيات الخمسة.

بعد أن يحلف ما رآه. قوله ابن القاسم إلاّ أن يكون مع بصره غير متّهمٍ لتدينّه فله الرّدّ في الظّاهر والخفيّ دون يمين. وإلى الرّدّ بما ذكر إلاّ ما استثني منه أشار بقوله: فالرّدّ في الجميع بالإطلاق إلاّ بأوّلِ إلى آخر البيتين وضمير منه في البيت الرّابع والخامس للقسم الأوّل من العيوب. وقوله الحلف في الخفيّ منه إلخ يعني والمسألة بحالها من كون المشتري ذا بصر بالعيوب وحلفه مفرّعٌ على أنّ له الرّدّ كما تقدّم على أنّ تقسيم المشتري إلى كونه عارفًا بالعيوب أو لا (إنّما يظهر معناه في القسم الأوّل) فقط مما هو متعلّقٌ بالمبيع إذ هو الّذي يتفرق فيه العارف من غيره. وأمّا القسمان الأخيران فالعارف وغيره فيهما سواءٌ. وإنّما يذكر فيهما تتميمًا للتّقسيم لا غير قال الشّارح: وأمّا ما تعلّق من العيوب بالأبدان تعلّق انتقالٍ أو كان بائنًا عنها فللمبيع الرّدّ به نخّاسًا[١٠٠] كان أو غيره.

قوله: **(إنما يظهر معناه في القسم الأول إلخ)** قد أطال الناس الكلام في العيب الخفي وضده ومن له بصيرة ومن لا، وجمعناه كلام الناس في الشرح كلام ابن عرفة ومن قبله ومن بعده بحسب ما أقدرنا الله عليه عند قول المتن: والقول للبائع وفي موضع آخر من شرحنا، وملخص كلام الناس على التحقيق بحسب فهمنا هو أن المشتري للشيء الحاضر إذا غلب على الظن أنه اطلع على العيب فلا كلام له وإلاَّ فله الرد، ولا فرق في سبب ظننا أنه رضي بما ذكر كان من جهة كون العيب ظاهراً ظهوراً بينًا لا يخفى على من نظر المبيع وقلبه، أو من جهة بصيرة المشتري بالعيب أو من طول المدة التي باشر فيها المبيع، ويراعى تدين المشتري وخيانته وتبلده وفطانته وتقليبه تقليبًا تامًا وغير تام ووقتًا دون وقت، فإن بعض الأوقات تظهر فيه العيوب ظهوراً تامًا وتخفى بعض الأوقات وغير ذلك، كقوة الضوء وضعفه، وقلة الأبصار وضعفه، وتسيير الدابة وعدمه، والحمل عليها وعدمه، وهي أمور كثيرة لا تكاد تنحصر، ومعيارها غلبة الظن أنه اطلع على العيب وكلام الناس دال على هذا، ومن ارتاب فالعرب بالباب فلينظر الكتاب، وإذا قلنا لا يلزمه المبيع فيحلف إن أمكن اطلاعه على العيب حين قلبه أو استعمله وإلاَّ فلا يمين، ولا يحلف مشتر ادعيت رؤيته والقرينة ظاهرة، وذكروا أن البائع إذا حقق الدعوى على المشتري أنه رأى العيب فإنه يحلف وإن اتهمه فقط فالتهمة تضعف وتقوى، ولا بدّ من قرائن الأحوال في هذا كله والنظر لقرائن كل نازلة نازلة، إذ كل نازلة لها قرائن تحف بها كما في المعيار، وفي المختصر: إن قامت قرينة فعليها وهذا بحر لا ساحل له، ولكن من له عقل يخوضه ويسلم إن أعانه الله تعالى وأخلص عمله له تعالى، ألا ترى إلى رجل ليس له إلاَّ ما يشتري به حماراً باعتبار ظاهر حاله وهو عارف بأحوال الدواب إذ هو يخدم عليها واجتهد في تقليب حمار حين اشتراه وشاور غيره من العارفين وبيته عنده وركبه واستخدمه وعلفه ثلاث ليال مثلاً وهو له فطانة في هذا الأمر وتكرر شراؤه للحمير منذ أزمنة يبيع حمار أو يشتري غيره أو يموت له الأول فيشتري غيره ثم وجد العيب فيه بعدها ثم قام وادعى عدم رؤيته لذلك العيب وهو قد يظهر عند التقليب التام ويخفى عند غير

---

(١٠٠) النخاس: هو بائع الرقيق والدواب.

تفريعٌ: إنّما يثبت للمشتري الردّ بالعيب إذا أثبت العيب وكونه قديمًا أي قبل البيع ولم

التام وذلك بياض بعينه مثلاً فإنه لا ردّ هنا بذلك لأن القرائن دلّت على كذبه وأنه في الغالب رآه، ولو كان رجل له أموال واشترى هذا الحمار ومعه بلادة ولم يبيته ولا شاور ولا ركب وإنما دفعه يرعى مع دوابه بعد تقليبه على ما يقتضيه حاله فإن أمر هذا بالعكس لما تقدم، وهكذا يجب على القاضي النظر لهذه الأمور، والقاضي اليوم يؤتى برقعة فيها شهادة رجلين يسميان بيطرين فيقولان هو عيب يخفى عند التقليب ويحكم بذلك بلا تردد ولا بحث في كونهما يعرفان بضمن ما أشرنا إليه من المحصل أم لا، وهذا تفويت أموال لا تحصى فإنا لله وإنا إليه راجعون ما كان القضاة هكذا، ومن وقف على أحكام ابن سهل والوثائق المجموعة لابن فتوح والمتيطية وغيرها ظهر له احتياط القضاة في هذه الأمور مع قلة دين البياطرة وتمجز الكاتب السامع منهم وعدم تنقير القاضي وسؤاله إياهم عمّا شهدوا به وما سبب علمهم بذلك، وكذا إن شهد له غير البياطرة بأن فلانًا من البياطرة فيعتمد قوله سيما إذا وجدت الداهية العظمى والطامة الكبرى وهي كونه يقبض أجرة وضع يده على الرسم الذي فيه شهادة البياطرة مثلاً فإنه يطلب تصحيح الرسم ما أمكن ليتم له قبض الأجرة وأحرى كاتب الشهادة وأحرى البيطار، ومن عانى القضاء علم هذا ضرورة، ولكن إن كان ذا خشية من عذاب الله الذي لا يطاق خوف من سخط الواحد القهار، اللهم يا من له الرحمات التي ليس لها نهايات ارحمنا برحماتك ونب علينا بهباتك فإنك جواد كريم غفور رحيم، وقد لفقنا في هذا الأمر المشار إليه ما نصّه:

وكل ما خفي لدى التأمل	من العيوب غالبًا قد ينجلي
ردّ به مثل عمى قد حصلا	في قائم العينين فافهم واعقلا
تلخيص ما ذكر مهما غلبا	على الظنون أي عيب غيبا
من مشتري بأي وجه حصلا	... ...
فردّه ممتنع وضد ذا	بعكس ما ذكر قل يا حبذا
لكنه يحلف ما قد علما	مع احتمال علمه فلتفهما
ثم نجاة في جميع ما ذكر	نتبع الحق ببحث ينتشر
فكل حادث من النوازل	تحفه قرينة يا عاقل
أو عدد منها وفهمها يجب	على القضاء قبل حكم قد طلب
ومع ذا إذا نجا فقد رحم	لكن ذا يعلمه من قد فهم
نجنا يا رب من الخطايا	أنت غفور مالك البرايا

قوله: (تفريع إلخ) هذه مسائل في المختصر وتكلم عليها شراحه وجلب ذلك يطول، وكلام

يدخل عليه المشتري، ولا رضي به بعد الشّراء فإذا تنازعا في وجود العيب الخفيّ فقال في التّوضيح: قال في الجواهر لا يقبل دعوى المبتاع إن باع له عيبًا دون أن يبيّنه بالمشاهدة إن كان مشاهدًا أو بالبيّنة إن كان غير مشاهد ابن الحاجب: فإن لم يوجد عدولٌ قبل غيرهم للضّرورة. قال الباجيّ: ولو كانوا غير مسلمين وسيأتي هذا للنّاظم آخر التّرجمة. وإذا تنازعا في قدم العيب وحدوثه فقال: في التّوضيح: لا يخلو العيب إمّا أن يكون ممّا لا يحدث عند المشتري أو ممّا يعلم أنّه لا يكون عند البائع فالقول في الموضعين قول من قوي سببه منهما مع يمينه. أو يكون محتملاً فيثبته المبتاع بالبيّنة فإن لم توجد البيّنة فالقول قول البائع مع يمينه إذ الأصل لزوم العقد. ا هـ فقوله ممّا لا يحدث عند المشتري أي لظهور علامة قدمه. وقوله، أو ممّا يعلم أنّه لا يكون عند البائع أي لظهور علامة حدوثه وقوله فالقول قول من قوي سببه هو المشتري في الصّورة الأولى والبائع في الثّانية. وإذا تنازعا في دخول المشتري على العيب فادّعى البائع أنّه أخبره بالعيب أو أراه إيّاه وأنكر ذلك المبتاع فإنّه يلزم المبتاع اليمين فإن حلف ردّ بالعيب وإن نكل حلف البائع وبرئ منه. قاله الباجيّ: نقله في التّوضيح. وإذا تنازعا فادّعى البائع أنّ المشتري علم بالعيب ورضيه ففي المدوّنة ليس له أن يحلف المبتاع إلاّ أن يدّعي أنّه علم رضاه بمخبرٍ أخبره. أو يقول قد بيّنته له فرضيه. قال فيها وكذلك إن قال له احلف أنّك لم تر العيبَ عند الشّراء فلا يمين عليه حتّى يدّعي أنّه أراه إيّاه فيحلف. قاله في التّوضيح: وكيفيّة دخول المشتري على العيب أنّ العيب لا يخلو إمّا أن يتفاوت في نفسه بالقلّة والكثرة أو لا، فالثّاني يبرأ بتسميته كقطع اليد والعور مثلاً وأمّا الأوّل فلا تنقطع حجّة المشتري فيه إلاّ بثلاثة شروط: - الأوّل: أن يقول هو به ابن الموّاز: ولا ينفعه لو أفرده فقال أبيعك بالبراءة من كذا حتّى يقول: إنّ ذلك به. ثانيها: أن يطلعه على ما يعلم من حاله بمشاهدة، أو خبرٍ يقوم مقامها. ثالثها: أن لا يجمله من غيره ممّا ليس فيه لأنّه إذا ذكر له ما ليس فيه اعتقد المبتاع أنّ جميع ما ذكر كذلك فكان بمنزلة من لم يتبرأ من عيبٍ قاله في التّوضيح: وإلى هذه الكيفيّة أشار في مختصره بقوله وإذا علمه بيّن أنّه به ووصفه أو أراه له ولم يجمله.

وحيث لا يثبت في العيب القدم ... كان على البائع في ذاك القسم

وهو على العلم بما يخفى وفي ... غير الخفيّ الحلف بالبتّ اقتفي

وفي نكول بائعٍ من اشترى ... يحلف والحلف على ما قرّرا

هذا الشارح فيها لا بأس به، ونص المختصر: والقول للبائع في العيب أو قدمه إلاّ بشهادة عادة للمشتري وحلف من لم يقطع بصدقه، وقيل للتعذر غير عدول وإن مشركين ويمينه بعته وفي ذي التوفية وأقبضته وما هو به ينافي الظاهر وعلى العلم في الخفي.

(ص): وحيث لا يثبت في العيب القدم إلى آخر الأبيات الثلاثة: -

تقدّم أنّه إذا وقع النّزاع في قدم العيب وحدوثه، ولم يثبت واحدٌ منهما فالقول قول البائع مع يمينه. وإذا قلنا بحلفه فهل يحلف على البتّ، أو على العلم؟ فيه تفصيلٌ: فإن كان العيب ممّا يخفى حلف على العلم. وإن كان ظاهرًا لا يخفى حلف على البتّ. فإن نكل البائع حلف المشتري وردّ. وحلفه كما ذكر في البائع على العلم في الخفيّ وعلى البتّ في الظّاهر. قال في المدوّنة: قال مالكٌ: إن كان العيب ممّا يمكن حدوثه عند أحدهما فإن كان ظاهرًا لا يخفى مثله حلف البائع على البتّ أنّه ما باعه وهو به وإن كان ممّا يخفى مثله ويرى أنّه لم يعلمه حلف البائع على العلم أنّه ما باعه وهو به وعلى المبتاع البيّنة أنّ العيب كان قديمًا عند البائع. وفي النّوادر من سماع عيسى عن ابن القاسم وإذا كان عيبٌ يحدث مثله ويقدم حلف البائع على العلم فيما يخفى وعلى البتّ فيما لا يخفى فإن نكل في الوجهين حلف المبتاع على العلم. قال في كتاب محمّد يحلف البائع في البتّ والعلم.

(قال الشّارح اعتمد الشّيخ) ما في كتاب ابن الموّاز من كون حلف المبتاع كحلف البائع في العلم والبتّ دون رواية عيسى لأنّه الّذي جرت به الأحكام. وفي المختصر: ويمينه بعته وفي ذي التّوفية، وأقبضته، وما هو به ينافي الظّاهر، وعلى العلم في الخفيّ.

وليس في صغيرةٍ مواضعه ... ولا لوخشٍ حيث لا مجامعهْ

ولا يجوز شرط تعجيل الثّمن ... وإن يكن ذاك بطوعٍ فحسن

قوله: **(قال الشارح: اعتمد الشيخ إلخ)** هذا قال فيه في التوضيح ما نصّه: واختلف في يمين المشتري إذا نكل البائع على ثلاثة أقوال: روي عيسى عن ابن القاسم أنه يحلف على العلم في الظاهر والخفي لأن التدليس يكون من جهة البائع دون المبتاع. وروى يحيى عنه أنه كالبائع يحلف على البت في الظاهر وعلى العلم في الخفي، لأن الأصل في اليمين أن تقلب على نحو ما توجهت، واختاره ابن حبيب وقاله ابن نافع وأبو حازم يحلف المتباع على البت إلخ، وانظر فما به العمل هو ما اختاره ابن حبيب.

(ص): وليس في صغيرة مواضعة إلى آخر البيتين. أجحف الناظم بمسائل المواضعة وكذا هذا الشارح، وقد قال في المختصر: وتتواضع العلية أو وخش أقرّ البائع بوطئها عند من يؤمن والشأن النساء، وإذا رضيا بغيرهما فليس لأحدهما الانتقال ونهيا عن أحدهما، وهل يكتفي بواحدة؟ قال: يخرج على الترجمان إلخ. فقوله: وتتواضع إلخ المواضعة واجبة وظاهر المتن كان البائع مالكها أو وكيله أو من سلطان كان البائع أيضًا رجلاً أو امرأة وهو كذلك من كلام الناس. وقوله: العلية وهي التي تراد للفراش ظاهره أقرّ بوطئها أو لا وهو كذلك، بل لو قال لم أطأها واستبرأتها فلا بدّ من المواضعة فيها وهو كذلك وهذا ما لم تكن ظاهرة الحمل لقوله بعد: وحامل فيمن لا يتواضع وله أن يتبرأ من حملها الظاهر كانت ظاهرة الحمل أم لا، وأما الوخش فله أن يتبرأ من حملها مطلقًا. وقوله: أو وخش إلخ الوخش هو الخسيس الذي يراد في الغالب للخدمة. وقوله:

المواضعة قال ابن عرفة: هي جعل الأمة مدّة استبرائها في حوز مقبولٍ خبره عن حيضتها. ا هـ قال في المدوّنة: الشّأن كونها على يد امرأة فإن وضعت بيد رجلٍ له أهلٌ ينظرونها أجزأ. ابن رشد: الاستبراء واجبٌ لحفظ النّسب كوجوب العدّة. وأمّا المواضعة فهي أيضًا واجبةٌ لدفع الغرر والخطر وذلك في الأمة الّتي ينقص الحمل من ثمنها كثيرًا، أو الّتي وطئها البائع. ا هـ قد اشتمل البيتان على مسألتين: الأولى: من اشترى أمةً صغيرةً لا تطيق الوطء، أو كبيرةً، وخشًا وهي الّتي لا تراد للوطء فلا مواضعة فيهما. وإنّما المواضعة في الّتي تطيق من على الرّقيق أو وخشةٍ إذا أقرّ البائع بوطئها. المسألة الثّانية: أنّ الأمة

أقرّ البائع بوطئها عبارة ابن عرفة في هذا أو وخش غير مستبرأة من وطء ربها إلخ وهو صحيح يدل عليه كلامهم المتقدم لشموله إذا وطيء وادعى الاستبراء، ولذلك قال أبو الحسن: إذا استبرأ الرائعة فلا بدّ من مواضعتها، وأما الوخش إذا استبرأها فلا مواضعة فيها، وقد قال ابن بشير: المواضعة لا تجب إلاّ في اثنتين: إحداهما التي ينقص الحمل من ثمنها والثانية التي وطئها البائع اهـ. وقوله: ينقص الحمل من ثمنها أي كثيراً كما هو في كلام ابن رشد، بل في كلامه يهدم جل ثمنها. وقول العلية إلخ المواضعة مترتبة على الاستبراء كما في المقدمات، فمن تستبرأ تتواضع فيدخل في قوله العلية أو وخش الصغيرة التي يمكن وطؤها واليائسة ولو أمن الحمل فذات الحيض مواضعتها بحيضة ومن لم تحض بثلاثة أشهر كما في الاستبراء. وقوله: أقرّ البائع بوطئها منه يفهم أن البائع للوخش إذا كان صبيًا أو مجبوبًا أو امرأة فلا مواضعة بخلاف العلية، والفرق أن العلية يحط الحمل من ثمنها كما تقدم. وقوله: عند من يؤمن يشمل المرأة المأمونة والمأمون الذي له أهل والذي لا أهل له، لكن خالف في هذا الأخير أصبغ واختار قوله اللخمي والخلاف في ذلك كثير، وقول أصبغ هو الذي يناسب هذه الأوقات التي قلت فيها الأمانات وشاعت فيها الجهالات لا سيما إن كانت علية لا سيما إن كانت بارعة في جمالها، وكيف يخلو هذا الأمين ببارعة ليلاً ونهاراً، هذا لا نقول به ولا نعتقد جوازه أصلاً في هذه الأزمان، وكل من أنصف يقرّ بهذا ويستبعد غيره مع أن الاحتياط في الفروج مطلوب غاية فافهم. وانظر ما في الشرح لقول المتن في كتاب الفلس وحبس النساء عند أمينة، ويحتمل أن قول المتن عند من يؤمن أي على الجارية أخرج هذا لأن من هو عدل ولا أهل له يمنعونه ممّا لا ينبغي ليس هو مأمونًا فافهم. وقوله: وإذا رضيا بغيرهما إلخ أي إلاّ لوجه كما إذا كان منزله مجاوراً لمن لا يليق أي فإنها لا تبقى عنده كما يفهم من كلام الناس هنا مع أن المدار على حفظ الجارية. وقوله: بغيرهما وأما إذا رضيا بأحدهما فللآخر الانتقال ولو لم يرض الآخر ولا يظهر لذلك وجه، وكذا إذا اتفقا إخراجها من يد الغير فلهما ذلك وإن لم يظهر لذلك وجه. وقوله: ونهيا إلخ أي نهي كل واحد عن الوضع عند صاحبه بل وعنده، هذا القيد وهو قولنا إلاّ لوجه لا بدّ منه فقد مرّ عليه ابن عرفة وصاحب الشامل، فقول الشارح ينبغي أن يقيد كان من حقه أن يجزم به، وعلى القيد مرّ حلولو والتتائي والسنهوري والمواق والأجهوري وبيّنا ذلك في الشرح. وقوله: ونهيا الراجح في هذا النهي هو الكراهة وبيّنا ذلك في الشرح. وقوله: وهل يكتفي إلخ ذكر اللخمي أن المشهور هو الاكتفاء

المواضعة لا يجوز اشتراط النّقد فيها لتردّده بين أن يكون ثمنًا إن لم يظهر حملٌ أو سلفًا إن ظهر. فإن شرط النّقد فسد البيع. فإن وقع النّقد تطوّعًا بعد العقد جاز ذلك. تنبيهٌ: لكلٍّ من المسألتين نظائر أمّا الأولى: فنظائرها في عدم المواضعة ستٌّ قال اللّخميّ: لا مواضعة للمشتري على البائع (في ستٍّ): ذات الزّوج، والحامل، والمعتدّة من طلاق، أو وفاة، والمستبرأة من غصب، أو زنًا. ا هـ، وكذا المردودة بعيب، أو فساد، أو إقالة، ونظير الثّانية في منع اشتراط النّقد، وجوازه تطوّعًا بعد العقد: المبيع بخيار، وبيع الغائب، والرّقيق المبيع بعهدة الثّلاث، والأرض غير المأمونة، والجعل، والإجارة (لحرز الزّرع). والأجير يتأخّر عمله شهرًا. وفي المختصر: ولا مواضعة في متزوّجة، وحاملٍ، ومعتدّة، وزانية كالمردودة بعيب، أو فساد، أو إقالة إن لم يغب المشتري وفسدان نقد بشرطٍ لا تطوّعًا. وقال فيما يمتنع فيه اشتراط النّقد وبشرط نقد أي في المبيع بخيارٍ كغائب، وعهدة ثلاثٍ، ومواضعةٍ، وأرضٍ لم يؤمن ريّها، وجعلٍ، وإجارةٍ لحرز زرعٍ، وأجيرٍ تأخّر شهرًا.

والبـيـع مع بـراءةٍ إن نصّت ... على الأصحّ بـالرّقـيـق اختـصّت
والفسخ إن عيبٌ بدا من حكمه ... مع اعـتـرافٍ أو ثبـوت علمه
ويحلف البـائع مع جهل الخفي ... بالعلم والظّاهر بالبتّ حفيّ
وحيثما نكوله تبـدّا ... به المبيع لا اليمين ردّا
وبعضهم فيها الجواز أطلقا ... وشرطها مكثٌ بملكٍ مطلقا

بيع البراءة هو أن يشترط البائع على المشتري البراءة من العيوب الّتي لا علم له بها فلا يرجع له البائع إلاّ بما علم به. وكتمه ابن عرفة: البراءة ترك القيام بعيبٍ قديم. ا هـ وفيها أقوالٌ أحدها: أنّ البراءة جائزةٌ في كلّ شيء. وهو قول ابن وهبٍ ورواية ابن حبيب عن مالكٍ وهو الّذي حكى النّاظم هنا حيث قال: «وبعضهم فيها الجواز أطلقا». الثّاني: أنّها لا

بواحدة، قال المتيطي: وبه القضاء لأن هذا من باب الخبر والترجمان المحال عليه مخبر بدليل قول المختصر: والمترجم مخبر، ولذلك قال عبد الحق في الاكتفاء بواحدة هنا هو الأشبه وابن شاس اشتراط امرأتين وهو المناسب عند فساد الزمان فافهم هذه الفوائد فقد أتعبنا في جمعها النفوس، وادع لجامعها برحمة مولاه لوجه الله سبحانه وتعالى بلا حدّ ولا تناه.

قوله **(في ست)** هي قول المختصر ولا مواضعة في متزوجة إلخ. قوله: **(لحرز الزرع إلخ)** انظر هذا عند قول المختصر في كتاب الإجارة: وفسخت بتلف إلخ. وعند قوله في كتاب الخيار ولا بدّ.

(ص): والبيع مع براءة إن نصّت إلى آخر الأبيات الخمسة.

تجوز في شيء من الأشياء ذكره القاضي عبد الوهّاب الثّالث: أنّها جائزةٌ في الحيوان مطلقًا. وهو في الموطّأ الرّابع: أنّهـا تجوز في الرّقـيق خاصـّةً. وهو في المدوّنة (وإليه رجع مـالكٌ) وعليه جمهور أصحابه. نقله ابن سلمون وهو الّذي اعتمد النّاظم وعبّر عنه بالأصحّ ومقابل الأصحّ هو قوله: وبعضهم فيها الجواز أطلقا وأنّها لا تختصّ بالرّقيق. قال في المدوّنة: قال مالكٌ: لا تنفع البراءة ممّا يعلم البائع في ميـراث أو غيره في شيءٍ من السّلع، والحيوان إلاّ في الرّقيق وحـده. قال ابن القاسم: وهو الّذي آخذ به من قـول مالك. ا هـ وهذا في بيع الإنسان رقيـقه. وأمّا بيع القاضي والوصيّ، والوارث بالبراءة فيـأتي للنّاظم الكلام عليه في

قوله: **(وإليه رجع مالك إلخ)** قال المتيطي ما نصّـه: وبيع البراءة في الرقيق إنما هو من كل عيب لا يعلمه الـبائع قليلاً كان أو كثـيراً ظاهراً أو خفيًا، هذا قـول مالك وجمهـور أصحابه وبه القضـاء، قال في الواضـحة يبرأ إن أتى العـيب على ثمنه اهـ. بلفظه. وقال أيضًـا في نهايتـه ما نصّه: وبيع الرقـيق بالبراءة جـائز جرى عليه الـعمل بالمدينة وقضى به عـثمـان ﷺ وفي المسألة اختلاف، روى ابن القاسم عن مـالك أن ذلك جائز في الرقيق خاصة وبه الفتـيا وإليه رجع مالك وعليه جمـهور أصحابه وكـان يقول في أول زمانه: إن ذلك جائز في كل المبـيعات إلخ وهذا منه بلفظه. وقال في المعونة: وعلى ما جرى به العمل في المدينة هي الرواية المعتبرة وعليه النظر إلخ.
وقال ابن يونس: الفرق بين الرقيق وغيره أن الرقيق ينطق والأغلب أنه يشكو بعيبه فإذا باع بالبراءة حمل على أنه لا يعـلم به عيب لأنه يقول: لو كـان به عيب لأعلمني به فـأشد ما عليـه إذا ظهر عيب قـديم أنه يحلف ما علمه، والحيـوان غير الرقيـق لا ينطق ففي بيعه على البـراءة نوع غرر، وأيضًا فإن السنة إنما وردت في الرقـيق وذلك أن عبد الله بن عمر باع عبـدًا بالبراءة ولم ينكر عليه عثمان وجعل عليه اليمين إلخ. وقال في المعونة أيضًا: الرقيق يقدر على كتم عيبه فلا يصل مالكه إلى علم ذلك فيجوز له أن يـبيع بالبراءة للأمارة الدالة على صدقه في عدم عـلمه بالعيب إن كان به، وغيره من الحيوان يستوي في علم ما به المتبايعـان فلم يجز له البيع بالبراءة إلاّ فيما يسميه به.
وقال ابن عبد السلام: إفادة البراءة في الرقيق خاصة هو أشهر الأقاويل. الباجي: وهو الظاهر من المذهب ووجهه أنه يكره بعض السادات ويرغب في بعض، فيظهر من العيوب ما ليست فيه ويكتم ما فيه تحـيلاً منه إلخ. وقال عياض في تنبيـهاته: وجه الجواز في بيع البراءة ما قـضى به عمر بن الخطاب وعثمـان رضي الله تعالى عنهما من إمضاء الـبيع بها والحاجة تدعو لذلك فـجوزت دفعًا للخصام فعفـا عن ذلك كما عفا عن عقدة تضمنت غـرراً للضرورة إلخ. وقد أجاد هنا رضي الله تعالى عنه. وقـال في الكافي: لا يبرأ من باع بالبراءة في غيـر الرقيق إلاّ ما عينـه وسمّاه وأوقف عليه المبتاع فـنظر إليه إلخ. هذه فائدة تركها هذا الشارح. وقـول الناظم على الأصح فيه نظر لأنه كان من حـقه أن يذكـر أن هذا به العمل أو أنه هو المشـهور لأن هذه النصوص دلّت عـلى العمل والشهرة التامة بحيث لا يبقى تشـوف لمقابل هذا القول في الجملة، بخلاف قوله على الأصحّ فإنه يقتـضي أن المقابل صـحيح في نفسـه مع أن الرجـوع وقع عن هذا المقابل، وابن الناظـم قال عن المتيطي هو المشهـور من القول المعمول به إلخ. أي ما عبّـر عنه والده بالأصحّ، وقد أحسن بذلك

فصل مسائل من أحكام البيع وأنّه لا يختصّ بالرّقيق حيث قال: وكلّ ما القاضي يبيع مطلقًا إلخ قال ابن سلمون: وحكم بيع البراءة أنّه إذا اطّلع المشتري على عيبٍ في المبيع فإن أقرّ البائع أو ثبت أنّه علّم به قبل البيع رجع به وانفسخ البيع. وإن لم يكن علم به حلف على ذلك ولزم المشتري. (قال ابن العطّار: يحلف) في العيب الخفيّ على العلم وفي الظّاهر على البتّ. ا هـ وإلى كلام ابن سلمونٍ هذا أشار النّاظم بقوله «والفسخ إن عيبٌ» بدا من حكمه البيتين وفهم من قول النّاظم: «والفسخ إن عيبٌ» بدا إلخ أنّه إن لم يعترف البائع بالعيب ولا ثبت علمه به أنّ البيع لا يفسخ. ويلزم المشتري وهو قول ابن سلمونٍ وإن لم يكن علم به حلف على ذلك ولزم المشتري، وحلفه إمّا على العلم في العيب الخفيّ، أو على البتّ في الظّاهر كما تقدّم. وأشار النّاظم بقوله: «وحيثما نكوله تبدّا» البيت إلى قول المتيطيّ على نقل الشّارح ونحوه في ابن سلمونٍ أيضًا. وإن نكل البائع عن اليمين في بيع البراءة وجب عليه الرّدّ ولا تنقل اليمين في المبتاع عن اليمين ردّ عليه البيع. ولا تردّ عليه اليمين لأنّها للتّهمة فلا تنقلب، وقوله: «وبعضهم فيها الجواز أطلقا» الضّمير للبراءة ومعنى الإطلاق أنّها تصحّ في كلّ مبيعٍ لا تختصّ بالرّقيق وتقدّم أنّ هذا مقابل الأصحّ. في البيت الأوّل وقوله: «وشرطها مكثه بملك مطلقًا» أشار به لقول ابن سلمون: ولا يجوز بيع البراءة (إلاّ فيما طال مكثه) عند البائع واختبره. وأمّا ما لم يطل مكثه فإنّ مالكًا وأصحابه يكرهون بيعه على البراءة، فمرّةً قال: إذا وقع مضى ومرّةً أبطل البراءة فيه. ا هـ وباء بالعلم للاستعلاء على حدّ: ﴿من إن تأمنه بقنطار يؤدّه إليك﴾ [آل عمران:٧٥] أي على قنطارٍ والظّاهر مبتدأٌ، وخفيٌّ خبره وبه يتعلّق بالبتّ ومعنى خفيٌّ معتبرٌ والخفيّ والظّاهر وصفانٌ لمحذوف أي العيب الخفيّ والظّاهر، ومعنى مطلقًا آخر البيت الأخير سواءٌ قلنا تختصّ بالرّقيق أو لا فلا بدّ من طول المكث عند البائع إذ هو مظنّة الاطّلاع على العيوب.

بعض الإحسان وبين بعض البيان. قوله: **(قال ابن العطار يحلف إلخ)** هذا قال فيه ابن الناظم بعد سوقه ما نصّه: وانتقد ذلك عليه أبو عبد الله محمد بن عمر بن الفخار وقال: يحلف بائع البراءة على العلم أنه لم يعلم به خفيًا كان أو ظاهرًا لأنه تبرأ ممّا لا يعلم به دون ما علم سواء كان ظاهرًا أو خفيًا، وإنما تفترق اليمين في العيب الظاهر والباطن فيما بيع من العبيد بغير البراءة، وهذا حكاه المتيطي وغيره عن ابن الفخار كما في ابن الناظم نفسه، وما ذكره ابن الفخار ظاهر لأن قول الحالف لا أعلم فيه عيبًا كاف في الباطن والظاهر لأنه إذا لم يعلم شيئًا منهما فهو صادق في يمينه، ولكن انظر الشرح عند قول المتن ينافي الظاهر إلخ في كتاب الخيار، وترك هذا الشارح هذا الاعتراض من العجب مع كونه في ابن الناظم وظهوره بحسب فهمنا، ولكن يظهر لك الحق إن شاء الله تعالى إن نظرت الشرح في المحل المذكور. قوله: **(إلاّ فيما طال مكثه إلخ)** الطول ستة أشهر كما في شروح المختصر إن طالت إقامته إلخ.

واليوم واليومان في المركوب وشبهه استثني للرّكوب

يعني أنّه يجوز لمن باع دابّةً أن يستثني ركوبها اليوم واليومين. قال في المدوّنة قال مالكٌ: من باع دابّةً واستثنى ركوبها يومًا أو يومين، أو سافر عليها اليوم أو إلى المكان القريب جاز ذلك. (ولا ينبغي) فيما بعد. وضمانها من المبتاع فيما يجوز استثناؤه ومن البائع فيما لا يجوز استثناؤه اللّخميّ: من باع راحلةً واستثنى ركوبها (يومًا) أو يومين وهي في الحضر أو في السّفر جاز ويكره ما زاد على ذلك. ويمنع ما كثر كالجمعة من الموّاق على قول الشّيخ خليلٍ وبيعها واستثناء ركوبها الثّلاث لا جمعة وكره المتوسّط.

ولم يجز في الحيوان كلّه شراؤه على اشتراط حمله

يعني أنّه لا يجوز شراء الحيوان كلّه على اختلاف أنواعه ومن الأنعام، وغيرها على شرط كونه حاملاً. قال الشّارح: ففي المقرّب قال مالكٌ: ومن اشترى شاةً على أنّها حاملٌ فلا خير في هذا البيع لأنّه كأنّه أخذ لجنينها ثمنًا حين باعها بشرط أنّها حاملٌ. قال: ولا فرق بين الشّاة وغيرها من الحيوان في هذا المعنى إلاّ في الجارية الرّائعة الّتي يكون الحمل فيها عيبًا يتبرأ البائع منه، ولذلك أتى الشّيخ بلفظ الحيوان لما فيه من العموم وساق الشّاة في

(ص):

(واليوم واليومان في المركوب وشبهه استثني للركوب)

قوله: **(ولا ينبغي إلخ)** هذا التفصيل أشار إليه في المختصر بقوله وبيعها واستثناء ركوبها الثلاثة لا جمعة وكره المتوسط إلخ. وأشار لقول التهذيب: ومن باع دابة واستثنى ركوبها يومًا أو يومين أو يسافر عليها اليوم أولى إلى المكان القريب جاز، ولا ينبغي فيما بعد إذ لا يدري المبتاع كيف ترجع إليه وضمانها من المبتاع فيما يجوز استثناؤه اهـ. بلفظه صدر كتاب الرواحل والدواب، فكتب عليه أبو الحسن ما نصّه: قوله ركوبها الشيخ ليس الركوب بشرط وكذا ما في معناه ممّا لا يضرّ بها. وقوله: **(يومًا إلخ)** يريد وثلاثة واختصرها اللخمي وهو في الحضر أو في السفر جاز، ويكره ما زاد على ذلك الشيخ، وسواء حملته على أن المستثنى مبقي أو مشترى لأنه إن كان على أنه مبقي فهذا التأخير جائز وإن كان على أنه مشترى كان أجوز. وقوله: ولا ينبغي اللخمي يمنع ما كثر كالجمعة والشهر وهو إذا كان في السفر كان أبين في الغرر لأنه لا يدري كيف ترجع ولا هل تسلم، وإن اشترط يومًا أو يومين بعد قبض المشتري له ومقامه عنده يومًا أو يومين جاز، وإن كان بعد مقام جمعة أو شهر لم يجز إلخ. وهذا منه بلفظه وقف على الشرح في هذا ترفقها كثيرًا فيما يتعلق بالمسألة.

(ص):

(ولم يجز في الحيوان كله شراؤه على اشتراط حمله)

الكتاب على سبيل التّمثيل (ولم يحتج النّاظم) إلى استثناء جواز اشتراط الحمل في الرّائعة

قوله: (ولم يحتج الناظم إلخ) صحيح حسن، وعبارة المختصر عاطفًا على المنهي عنه ما نصّه: وكبيع حامل بشروط الحمل إلخ. ونقلنا عليه من الشرح كلام الناس من تقدم ومن تأخر بحسب ما وقفنا عليه من كلامهم لأن المسألة صعبة غاية، بل كادت أن تبلغ في الصعوبة النهاية مع كثرة وقوعها في الأسواق وغيرها في الحواضر والبوادي، وقد تلخص ممّا نقلناه ما نصّه: إن الرائعة والوخش يجوز التبري من حملهما الظاهر ومن الخفي أيضًا في الوخش والحمل في الرائعة عيب وفي الوخش على خلاف، لكن الذي يظهر رجحانه هو أنه عيب بدليل كلام الناس، وعندنا بفاس هو عيب كبير، وانظر قول المتيطي لأن الحمل لا يضع كثيرًا من ثمنها أي وأما القليل فيضع الحمل وذلك هو العيب كما هو مبين هنا، وعند اللخمي هو عيب في الحواضر لا في البوادي، واتباع تفصيله واجب لأن العيب هو ما ينقص الثمن كما في التحفة وغيرها، والبقر والغنم والناقة حملها غير عيب، نعم النجيبة من النوق والرمكة النجيبية اللتان تراداان للركوب الحمل فيهما عيب، والحمل يعيبها بالمشاهدة عند أرباب هذا الشأن غالبًا، والمدار على نقص الثمن والاعتراف، وما لا فلأن في كل شيء، ومن وقف على كلام ابن الناظم في شرح تحفة والده حين أطال التنقيب على مسألة الفرس علم هذا ضرورة، وإذا ثبت هذا فقول المختصر وكبيع حامل بشرط الحمل ظاهره كان الشرط لزيادة الثمن أم للتبري من الحمل كان ظاهرًا أم لا، كان الحمل لأمة رائعة أم لا، أما الحمل في الأمة فغير داخل لأنه عيب وقد قال خليل: وتتواضع العلية أو وخش أقرّ البائع بوطئها، نعم إن كانت وخشًا يزيد الحمل في ثمنها كما في البادية فتدخل في كلام المصنف هنا لأن حملها غير عيب بل كحمل الشاة، وكذا النجيبة من النوق والرمكة يجري فيهما هذا التفصيل، إن كان الحمل ينقص من ثمنهما فغير داخلتين هنا وإلاّ دخلتا، وكل ما هو حمله عيب فذكره يحمل على أنه للتبري فلا يفسد به العقد، وأحرى إن صرّح بالتبري كما رأيته لأن العيب ينقص من الثمن فكيف يطلب بذكره زيادته، وما ليس حمله عيبًا يحمل على أن ذكره لزيادة الثمن وأحرى إن صرّح به لأنه غير عيب، ولما كان غير عيب كان الغالب الرغبة فيه لأنه مال والغالب السلامة من العطب، ولذلك تجد كثيرًا ممّن يشتري البقرة مثلاً بشرط حملها من العوام ثم يجدها لا حمل بها أنه يخاصم بائعها للقاضي طالبًا لردّها وأخذ ثمنه لا سيما الأنعام لأنه يقصد شراء الحامل للحليب والنسل وعند طلبه لزيادة الثمن يظهر تعليل المنع وهو بيع الأجنة، وإذا ثبت هذا فزبدة كلام المختصر هنا في غير الحمل الذي هو عيب كيف ما كان، وقرينة ذلك هو أنه ذكر هذا في بيع الغرر ولم يذكره في كتاب العيوب، ولا فرق في الحمل الذي لا عيب فيه بين ظهوره وعدم ظهوره على المشهور، وإن كان ربما يكون الراجح من ظاهر كلام الناس أن الحمل الظاهر يجوز اشتراطه لزيادة الثمن، فإن لم يوجد رد المبيع إذ عدمه مع شرطه وهو العيب أو بمنزلته في الحكم والعيب يرد من أجله، والمصنف مرّ على مذهب المدونة لما ذكروه من أنه هو المشهور وأنه لا فرق بين ظاهر وغيره، وبهذا كله تعرف ما في كلام الناس ابن الحاجب وابن عرفة وغيرهما ممّن تبعهما، نعم كلام ابن الحاجب قد يحمل قوله ثالثها إن قصد البراءة على

لأنّ كلام النّاظم في اشتراط المشتري ما يصلح به، ويرغب فيه، ويزيد في الثّمن من أجله فيمنع لأجل الغرر، واشتراط الحمل في الرّائعة إنّما المقصود منه التّبرّي من العيب لا الزّيادة

حمل هو عيب في نفسه والقرينة أن البراءة إنما تكون من العيب لا فيما يزاد الثمن لأجله، بنحو هذا أجاب ابن الناظم في قول والده ولم يجز في الحيوان كله شراؤه على اشتراط حمله ما نصّه: ولم يحتج الناظم إلى جواز اشتراط الحمل في الرائعة لأن كلام الناظم في اشتراط المشتري ما يصلح به ويرغب ويزيد في الثمن من أجله فيمنع لأجل الغرر، واشتراط الحمل في الرائعة إنما المقصود منه التبري من العيب لا الزيادة في الثمن إلخ. ونقله الشيخ ميارة وسلمه وهو صحيح لا ينبغي أن يختلف فيه وكلام المختصر لا يحث فيه، لكن إن طالعت ما كتبناه من كلام الناس في الشرح وقول المختصر في كتاب الخيار وتبري غيرهما فيه ممّا لم يعلم أي في الرقيق يدخل فيه التبري من الحمل الخفي في الوخش، ولكن البراءة من الحمل الخفي لا تصحّ في الرائعة لقول المتن: وتتواضع العلية إلخ، فكلام المتن يقيد بعضه بعضًا، والظاهر يدخل فيه قوله: وإن علمه بين أنه به، وهذا في الرائعة ظاهر في الظاهر والخفي وكذا في الوخش عند أهل الحواضر، وأما عند أهل البوادي فليس حملها عيبًا حتى يتبرأ منه لأن المطلوب عندهم وجوده، وذكرنا في الشرح أن ابن يونس والتونسي واللخمي قالوا: إن ظاهرة الحمل من أمة وغيرها يجوز اشتراط حملها عند بيعها لأنه مرئي وقاله غير هؤلاء، وفي القباب حملاً ظاهرًا لا يخفى على أحد. وقال ابن عرفة: من ابتاع بقرة على أنها حامل أو جارية يزيد فيها الحمل فلم يجد بها حملاً له ردّها. ابن رشد: قال ابن القاسم وروى لا يجوز بيعهما على ذلك وإن كان الحمل ظاهرًا وبيعهما مفسوخ، وأجازه سحنون إن كان الحمل ظاهرًا، وقال ابن أبي حازم: البيع جائز ولا يرد لفقد الحمل إذا باع الرمكة يظنها عقوقًا، ولو باعها على ذلك وهو يعلمها أنها غير ذلك لمعرفته أن الفحل لم ينز عليها كان له الرد لأنه غره وأطمعه فيتحصل فيها أربعة أقوال أظهرها قول سحنون إلخ. وقوله: من ابتاع نقله عن سماع أشهب. ونقل ابن يونس أن أشهب قال ذلك، ونقل عن أصبغ أنه يجبر بيع الحامل الظاهرة الحمل غاية، وعبارة ابن سلمون وروى أشهب فيمن ابتاع بقرة على أنها حامل إن لم يجدها حاملاً فله ردّها، ومحمل ذلك عند الشيوخ في الظاهرة الحمل يوم البيع، وأما إذا لم يعلم ذلك إلاّ بقول البائع فالبيع فاسد، ومن أجل هذا الخلاف القوي في جواز بيع الحامل بشرط الحمل الظاهر مع كون الناس يعلمونه كثيرًا سيما في الأنعام توقفنا في فسخ بيع شرط فيه الحمل الظاهر حين كنا نحكم بالمدينة البيضاء وسألنا كثيرًا من شيوخنا فظهر لهم عدم التعرض لفسخ ما ذكر لقوة الخلاف في المسألة ولوقوع ذلك كثيرًا من الناس في بياعاتهم، وأما تحريم ذلك ابتداء فيصرّح به المفتي اتكالاً على المشهور بخلاف الفسخ وقف على شرح قول المتن في الشرح وإلاّ مَضى المختلف فيه وهذا مختلف فيه ابتداء فافهم، وإنما توقفنا فيما ذكرنا لأننا لم نجد من صرّح بأن هذا يمضي على القول المشهور، وقد رأيت في أنقال ابن عرفة فسخه، وإن وقفت على الشرح ربما ظهر لك أكثر، ولعل هذا القول المقابل لما في المتن رأى صاحبه أن الغالب على الأم أن لا تموت من الولادة وذلك صحيح، وهذا كله إن وقع الشرط، وأما من اشترط حاملاً بلا شرط فلا إشكال في الجواز

في الثّمن. قال ابن رشد: لم يجز بيع الحامل بشرط الحمل وإن كان حملاً ظاهراً لأنّه غررٌ إذ قد ينفشّ الحمل بعدَ ظهوره فيكون بالشّرط قد أخذ للجنين ثمنًا ثمّ قال: وهذا كلّه في الحيوان الّذي يزيده الحمل، وأمّا في الجواري المرتفعات الّتي ينقصهنّ الحمل فيجوز أن يبيعها على أنّها حاملٌ إذا كانت ظاهرة الحمل لأنّ ذلك تبري من عيب حملها كالتّبرّي من سائر عيوبها.

وذات حملٍ قد تدانى وضعها لم يمتنع على الأصحّ بيعها
كذا المريض في سوى السّياق يصحّ بيعه على الإطلاق
والعبد في الإباق مع علم محل قراره ممّا ابتياعٌ فيه حل
البائع الضّامن حتّى يقبضا وإن تقع إقالةٌ لا ترتضى

لمّا تضمّن البيت قبل هذا أنّه لا يجوز بيع ما فيه غررٌ كالحمل، وكان بعض المبيعات يتوهّم فيها الغرر رفع ذلك الوهم بالتّنصيص على جواز بيعها. وذلك الحامل الّتي قرب وضعها، والمريض مرضًا مخوفًا إن لم يبلغ حدّ السّياق، والعبد الآبق إذا علم محلّه فأخبر أنّه يجوز أن تباع هذه الأشياء، وإن كان في بيعها غررٌ لاحتمال الموت من النّفاس، والمرض، وعدم وجود الآبق، أو وجوده قد تغيّر عن حاله أمّا جواز بيع المريض في غير السّياق، والحامل المقرب فقال ابن الحاجب: ولا يباع من في السّياق ويجوز بيع المريض المخوف عليه والحامل المقرب على الأصحّ. قال في التّوضيح في شرح قوله: ولا يباع من في السّياق ما ذكره المصنّف خاصٌّ بالرّقيق، وما لا يؤكل لحمه لأنّه من أكل المال بالباطل. وأمّا مأكول اللّحم فيباع ليذكّى فيجوز بيعه لحصول المنفعة به. قال ابن عبد السّلام (ابن عرفة: ظاهر إطلاقاتهم) ونصّ ابن محرزٍ منع بيع من في السّياق ولو كان مأكول اللّحم

كما في ابن يونس وغيره، وقد لفقنا مضمون أن التبري يصحّ من حمل الوخش ظاهراً كان أو خفيًا، وفي العلية إنما يصحّ في الظاهر بما نصّه:

تبرؤ من حمل وخش قد أفاد كظاهر من علية بلا انتقاد

والعلية كصبية جمع علي كصبي وصبية.

(ص): وذات حمل قد تدانى وضعها. إلى آخر الأبيات الأربعة.

قوله: **(ابن عرفة ظاهر إطلاقاتهم إلخ)** خليل: مرّ على ما قاله ابن عبد السلام حيث قال في مختصره عاطفًا على ما لا يحل بيعه لا كمحرم أشرف مفهومه أن غير المحرم جائز وهذا هو الراجح، وكلام ابن عرفة ذكرنا ما فيه في الشرح فقف عليه إن شئت والكلام في المسألة كثير.

للغرر في حصول الغرض من حياته أو صيرورته لحمًا وفي حصول ذكاته لاحتمال عدم حركته بعد ذبحه ا هـ. وهو ظاهرٌ وقول ابن الحاجب: ويجوز بيع المريض والحامل المصدر مضافٌ للمفعول أي يجوز أن يباع المريض، وأن تباع الحامل، فالمريض والحامل مبيعان لا بائعان لأنّ وقوع البيع، ونحوه منهما جائزٌ ماضٍ. ولا يحجر عليهما إلاّ في التّبرّعات كالهبة، والصّدقة ومعنى الإطلاق في البيت الثّاني أنّه يجوز بيع المريض في غير السّياق كان مأكول اللّحم كالأنعام، أو غير مأكوله كالبغال، والحمير. ويفهم منه أنّ من بلغ حدّ السّياق لا يجوز بيعه كان مأكول اللّحم أو لا. وهو كذلك على ما تقدّم عن ابن عرفة، وعليه فإطلاق النّاظم منع بيع من في السّياق صحيحٌ. وأمّا جواز بيع الآبق إذا علم محلّه فقال المتيطيّ ويجوز بيع العبد الآبق إذا علم المبتاع موضعه وصفته، فإن وجد هذا الآبق على الصّفة الّتي علمها قبضه وصحّ البيع فيه وإن وجده قد تغيّر أو تلف كان من البائع، ويسترجع المبتاع الثّمن. (وقال سحنونٌ إنّما) يجوز ابتياع الآبق إذا كان في وثاق. وقوله: والبائع الضّامن حتّى يقبضا. من تمام مسألة بيع الآبق وتقدّم قول المتيطيّ، وإن وجده قد تغيّر أو تلف كان أي ضمانه من البائع. وفي المدوّنة: بيع الآبق ولو قربت غيبته ممنوعٌ. وكذا الشّارد وما ندّ أو ضلّ. ا هـ وظاهرها منع بيع الآبق مطلقًا. وقوله: وإن تقع إقالةٌ لا ترتضى هو من تمام مسألة بيع الآبق يعني إذا فرّعنا على جواز بيع الآبق فلا يجوز أن يتقايل فيه المتبايعان. والمسألة مفروضةٌ في بيع الغائب آبقًا كان أو غير آبق. (قال في الوثائق المجموعة) قال محمّد بن عمر لم يختلف قول مالك ولا ابن القاسم أنّ الإقالة في بيع الغائب غير جائزة لأنّه من وجه الدّين بالدّين. ا هـ وفي ابن سلمون: في الكلام على بيع الغائب ولا تجوز الإقالة فيه عند مالك لأنّ الثّمن قد ثبت عليه فلا يجوز أن يصير فيه شيئًا غائبًا لا يتنجّز قبضه ويدخله الدّين بالدّين ويجوز بيعه من غيره إذا لم ينتقد.

وامتنع التّفريق للصّغار　　　من أمّهم إلاّ مع الإثغار

قوله: **(وقال سحنون: إنما إلخ)** هذا أيضًا فيه كلام طويل، ومحصل الراجح فيه بحسب ما نقلناه في الشرح أن الآبق إذا علم موضعه وصفته جاز بيعه على حكم الغائب بلا فرق بل هو فرد من أفراده ولكن بشرط آخر أن الآبق مقبوضًا لصاحبه أي قبضه لمالكه وعرف أنه له، وأما البعير الشارد فإن ادعى مشتريه معرفة موضعه والقدرة عليه فذلك جائز أيضًا، وأما معرفة موضعه فقط فإن ذلك لا يكفي، وكلام المتيطي فيه نظر، ولا بدّ من شرط آخر في الآبق أن يكون معروفًا ملكه لبائع لاحتمال أن ينازع فيه وفي ذلك غرر، لأنه إن لم يكن معروفًا له ملكا ربما نازعه غيره فيه، وقف على دليل هذا كله في الشرح من كلام الفحول في ذلك. قوله: **(قال في الوثائق إلخ)** هذا يؤخذ من قول المختصر: وككالئ بمثله إلى آخر تلك المسائل.

(ص): وامتنع التفريق للصغار. إلى آخر البيتين. كلام المختصر في هذا هو قوله عاطفًا على

ثمّ بالإجبار على الجمع القضا والخلف إن يكن من الأمّ رضا

يعني أنّ من ملك أمةً وولدها لا يجوز له أن يفرّق بينهما بالبيع بأن يبيع أحدهما، ويحبس الآخر أو يبيع الأمة لرجلٍ والولد لرجلٍ آخر مادام الولد صغيراً لم يثغر، فإن أثغر جازت التّفرقة (والإثغار) نبات رواضع الصّبيّ بعد سقوطها. وهذه رواية ابن القاسم وبها القضاء، وقيل الحدّ في ذلك البلوغ في الذّكر والأنثى. قال ابن عبد الحكم: لا يفرّق بينهما وإن بلغ. وإلى هذا أشار بالبيت الأوّل وأشار بالبيت الثّاني أنّه إذا وقع ونزل وفرّق بينهما فإنّه يجبر على الجمع بينهما في ملك شخصٍ واحد ويقضى عليه بذلك فإن لم يفعل فسخ البيع وأنّه إن رضيت الأمّ بالتّفرقة فقولان بناءً علّى أنّ الحقّ لها ولله تعالى وينبني على هذين القولين أيضًا أنّا إذا قلنا الحقّ للآدميّ إذا فرّقا يجبران على الجمع بينهما. وإن قلنا الحقّ لله فلا بدّ من فسخ البيع (لأنّ العقد على أحدهما فاسدٌ) كالخمر. (وهذا خاصٌّ بالآدمي) دون سائر الحيوان. ابن ناجي والتّفرقة جائزةٌ بين الحيوان البهيميّ على ظاهر المذهب، وروى عيسى عن ابن القاسم أنّها لا تجوز وأنّ حدّ عدم التّفرقة أن يستغني عن آبائه بالرّعي نقله التّادليّ. ا هـ والأصل فيما ذكره ما أخرجه التّرمذيّ أنّ رسول الله ﷺ قال: «من فرّق بين الوالدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته يوم القيامة»[(١٠١)] في الإشراف أجمع أهل العلم على القول بهذا الخبر إذا كان الولد طفلاً لم يبلغ سبع سنين. (ابن يونس

ما نهي عنه ما نصّه: وكتفريق أم فقط من ولدها وإن بقسمة وبيع أحدهما لعبد سيد الآخر ما لم يثغر معتادًا وصدقت المسبية ولا توارث ما لم ترض وفسخ إن لم يجمعاهما في ملك وهل بغير عوض كذلك أو يكتفي يجوز كالعتق تأويلان، وجاز بيع نصف أحدهما وبيع أحدهما للعقد والولد مع كتابة أمه ولمعاهد التفرقة وكره الاشتراء منه، انظر شرحه غاية في الشرح وجلب ذلك يطول بنا غاية.

قوله: **(والإثغار إلخ)** هذا كلام المتيطي وابن سلمون، والكلام في الإثغار كالإرسال في القاموس أنه يطلق على سقوط الأسنان ونباتها فهو ضد، وفي ذلك كلام، وكون الإثغار هو لحدّ للتفرقة فيه خلاف والذي به القضاء هو الإثغار كما في المتيطي وغيره. قوله: **(لأن العقد على أحدهما فاسد إلخ)** مذهب المدونة وهو المشهور أنهما إذا جمعا في ملك فلا فسخ وإن لم يجمعاهما على المذهب فيباعان عليهما، وقيل يفسخ البيع وهوّ الذي في المختصر، وإذ ثبت هذا فالقول المشهور هو أن البيع صحيح، ولو كان فاسدًا ما انتفى الفسخ بالجمع فافهم، وبيّنا هذا في الشرح ففي كلام هذا الشارح ما يتأمل. قوله: **(وهذا خاص بالآدمي إلخ)** هذا أفهمه المختصر بقوله ما لم ترض. قوله: **(ابن يونس والأصوب إلخ)** هذا القول مقابل لما في المختصر واختاره

---

(١٠١) حديث صحيح: أخرجه الترمذي (١٢٨٣)، وأحمد في المسند (٥/٤١٣)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٥)، والدارمي في سننه (٢٤٧٩)، والطبراني في الكبير (٤/٢١٧)، وصححه الشيخ الألباني في صحيح الجامع (٦٤١٢)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩/١٢٦).

والأصوب) أنّه حقٌّ للولد لو رضيت الأمّ بالتّفرقة لم تجز. وقاله مالكٌ وسواءٌ كانت الأمّ مسلمةً أو كافرةً قال مالكٌ: وحدّ ذلك الإثغار ما لم يعجّل به جواري كنّ أو غلمانًا قال مالكٌ: ويفرّق بين الولد والصّغير، وبين أبيه وجدّه وجدّته لأمّه، ولأبيه في البيع متى شاء سيّده، وإنّما لا يفرّق بينهما في الأمّ خاصّةً. ا هـ من الموّاق ونقل الحطّاب قال: قال: اللّخميّ وذكر محمّدٌ عن بعض المدنيّين منع التّفرقة بين الأب وولده وهو أحسن قياسًا على الأمّ وإن كانت الأمّ أعظم موجدةً. ا هـ.

والحمل عيبٌ قيل بالإطلاق ... وقيل في علية ذي استرقاق

والافتضاض في سوى الوخش الدّنيّ ... عيبٌ لها مؤثّرٌ في الثّمن

والحمل لا يثبت في أقلّ من ... ثلاثةٍ من الشّهور فاستبن

ولا تحرّك له يثبت في ... ما دون عدّة الوفاة فاعرف

يعني أنّ من جملة عيوب الرّقيق الحمل فقيل إنّه عيبٌ فيه مطلقًا وخشًا كان أو عليةً وهو قول مالك وابن القاسم (وقيل: إنّما هو. عيبٌ في العلية) دون الوخش وقول ابن كنانة، (والعلية) بكسر العين وسكون اللام وفتح الياء الجارية الحسنة الّتي تراد للفراش غالبًا والوخش القبيحة الّتي تراد للخدمة ومن جملة عيوب الرّقيق أيضًا الافتضاض لكن في العلية فهو فيها عيبٌ مؤثّرٌ في نقص ثمنها دون الوخش، فليس هو عيبًا فيها. أمّا كون الحمل عيبًا في الرّقيق فقال في المقرّب قاله ابن القاسم الحمل في الرّقيق عيبٌ في وخش وغيره. وقد خالف ابن كنانة في وخش الرّقيق فقال: إنّ الحمل ليس عيبًا فيهنّ. فسألنا مالكًا عن ذلك فقال: هو عيبٌ. وأمّا كون الافتضاض عيبًا في العلية دون الوخش ففي المقرّب أيضًا. وسئل سحنونٌ عمّن اشترى صبيّةً مثلها لا يوطأ فوجدها مفتضّةً فقال: إن كانت من وخش الرّقيق فليس ذلك بعيبٍ وإن كانت من علية الرّقيق فذلك عيبٌ يردّها. ا هـ وفي أحكام ابن سهلٍ ما ظاهره أنّ الافتضاض في العلية عيبٌ كانت ممّن يوطأ مثلها، أو لا وهو ظاهر إطلاق النّاظم هذا الحاصل ما اشتمل عليه البيتان الأوّلان، ثمّ ذكر في البيتين

غير واحد من المحققين واستدلينا له بكلام الناس بما يثلج له الصدر، ونحن لا نقول بما في المختصر وأن الأم إذا رضيت بالتفرقة جازت ولكن إنما يظهر لك بكلام الناس قف عليه إن رمت رحمة الصغار والله المعين.

(ص): والحمل عيب قيل بالإطلاق. إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: **(وقيل إنما هو عيب في العلية إلخ)** تقدم الكلام على هذا مستوفى قبيل هذا عند قول الناظم: ولم يجز في الحيوان كله إلخ. قوله: **(والعلية إلخ)** هذا الضبط يقتضي أن علية جمع علي كصبي وصبية وهو فسر اللفظ

الأخيرين ما حاصله أنّ الحمل لا يثبت في أقلّ من ثلاثة أشهر ولا يتحرّك في أقلّ من مقدار عدّة الوفاة وهو أربعة أشهر وعشرة أيّام، وينبني على ذلك ردّها بعيب الحمل إذا تنازع المتبايعان في كونه حدث عند المشتري أو كان بها قبل البيع. (قال ابن عرفة: لا شكّ) أنّ الحمل عيبٌ ويثبت بشهادة النّساء ولا يتبيّن في أقلّ من ثلاثة أشهر، ولا يتحرّك تحرّكًا بيّنًا يصحّ القطع على تحريكه في أقلّ من أربعة أشهر وعشر. فإذا شهدت امرأتان أنّ بها حملاً بيّنًا لا تشكّان فيه من غير تحريك ردّت الأمة فيما دون ثلاثة أشهر ولا تردّ فيما زاد على ذلك لاحتمال كونه حادثًا عند المشتري. وإذا شهدن أنّ بها حملاً يتحرّك ردّت فيما دون أربعة أشهر وعشر ولم تردّ فيما زاد على ذلك لاحتمال كونه حادثًا، فإن ردّت ثمّ وجد ذلك الحمل باطلاً لم تردّ إلى المشتري إذ لعلّها أسقطته. ا هـ. من الحطّاب عند قوله في العيوب ورفع حيضة استبراءٍ. ونقله الشّارح عن ابن رشدٍ قلت: فلو زاد النّاظم هنا فقال مثلاً:

فإن يبن حملٌ قبيل أشهر ... ثلاثةٍ من دون تحريكٍ حري
ردّت به كذا إذا تحرّكا ... من قبل أربعٍ وعشرٍ فاسلكا
فإن به ردّت وبعد ينتفي ... لا ردّ لاحتمال سقطٍ قد خفي

لكان قد صرّح بنتيجة معرفة زمنٍ يثبت فيه الحمل، أو يتحرّك اللّذين في كلام النّاظم (**فائدةٌ**: قال: القاضي) أبو عبد اللّه المقري في آخر النّكاح من قواعده: الولد يتحرّك لمثل ما يتخلّق له ويوضع لمثل ما يتحرّك فيه وهو يتخلّق في العادة تارةً لشهرٍ فيتحرّك لشهرين،

بالمفرد، وما ذكره الناظم في الافتضاض بحسب ظاهر كلامه أن الافتضاض عيب فيمن يوطأ مثلها أو لا في العلية، وقد تكلمنا على ذلك عند قول المختصر عاطفًا على ما ليس بعيب لا ثيوبة إلاّ فيمن لا يفتض مثلها أن كل افتضاض ينقص ثمن المفتضة فهو عيب كانت المفتضة وخشًا أو لا مطيقة أو لا، ويرجع في ذلك للتجار، والافتضاض الذي لا ينقص فليس بعيب مطلقًا، قف على دليله في الشرح، مع أن القاعدة أن كل ما ينقص الأثمان فهو عيب كما في التحفة وغيرها. قوله: (**قال ابن عرفة: لا شك إلخ**) هذا ذكره المازري قبل ابن عرفة يقرب ممّا ذكره ابن عرفة ونقلناه في الشرح.

قوله: (**فائدة قال القاضي إلخ**) وقد لفقنا مضمون هذه الفائدة بما نصّه:

شهرًا وزيد نصفه أو سدسه ... تخلق المني بعد رمسه
تحرك بعد لمثل ما ذكر ... بروزه مثلان منه فاعتبر

أي في هذا الترتيب العجيب من العليم القدير، وتبعنا في هذا كلام الناس وإلاّ فالحديث

ويوضع لستّة وتارةً لشهرٍ وخمسة أيّام فيتـحرّك لشهرين وثلث، ويوضع لسبعة وتارةً لشهرٍ، ونصف فيتـحرّك لثلاثة، ويوضع لتسـعة فلذلك لا يعيش ابنُ ثمانيـة ولا ينقص الحمل عن ستّة اهـ وهذا الأخير هو الغالب ومع ذلك فالأحكام مبنيّةٌ على أقلّ الحمل وهو ستّة أشهرٍ فهو مّما قدّم فيه النّادر على الغالب وله نظائر.

ويثـبت العيـوب أهل المعـرفـة بهـا ولا ينظر فـيـهم لصـفـهْ

يعني أنّ العيوب الّتي تقدّم ذكرها وما ينبني عليهـا إنّما تثبت بأهل المعرفة بها، والبصر بحقائقها فإذا كـانوا عارفين بها فلا ينظر فيهم لصفةٍ غير المعرفة فـإنّها فيهم شرط وجوب، وأمّا العدالة وغيرها فإنّها فيهم شرط كـمالٍ إن، وجدت فبها ونعمت وإن لم توجد فالحكم كذلك حتّى الإسلام. قال في المتيطيّة: ويشهد بالعيوب أهل المعرفة بها عدولاً كانوا أو غيرهم، ويقبل في ذلك أهل الكتـاب (إذا لم يوجـد سـواهم) والواحـد منهم، أو من المسلمين كـاف والاثنان أولى وطريق ذلك العلم، لا الـشّهـادة هذا هو المشهـور من المذهب المعمـول به اهـ. وتقدّم للناظم في باب الشّهادة قوله:

وواحـدٌ يجـزئ فـي باب الخـبـر واثـنان أولـى عـنـد كلّ ذي نـظـر

ويأتي له في فصل العيوب:

ثمّ العـيـوب كـلّهـا لا تعـتـبـر إلاّ بقـول من لـه بهـا بصـر

الصحيح بخـلاف هذا لأن فيه أن المني يبقى نطفـة أربعين يومًا، ثم علقة أربعين يومًا، ثم مـضغة أربعين يومًا، ثم ينفخ فيه الروح، فهـذا الذي ذكره الناس مشكل لكن الحديث وهذا الكلام الذي صدر من الناس قد تـكلم الناس في شأن ذلك ولم نجلبه للطول وتكلمنا علىٰ قـول المتن ولا نفقة بدعواها بل بظهور الحمل وحركته وعددنا أنه لا بدّ من الظهور مع الحركة وإن كان في ذلك كلام.

(ص):

(ويثـبـت العـيـوب أهل المعـرفـة بهـا ولا ينظر فـيـهم لـصـفـة)

قوله: **(إذا لم يوجد سـواهم إلخ)** هذا صـحيح وهو الحق، وكـلام هذا الشارح أن العـدل كالفاسق وليس كذلك بل لا يشهد الفـاسق إلاَّ عند عدم العدل إلخ. وكذلك في المسلم والكافر، غير أن سوقه لكلام المتيطي في الأخير وقع بأنه فيه، وقد قال في المختصر وقبل للتعذر غير عدول وإن مشركين، فالمشرك لا يقبل مع وجود عارف مسلم مـثله في المعرفة أو أكثر معرفة من الكافر، وكذلك عدل مـسلم مع مسلم فاسق عارفين فإن العـدل يتقدم عليه ولا يعتبـر الفاسق مع وجوده ومماثلته له في المعرفـة، أو كان العدل أزيد منه معرفـة وهو صريح المختصر أيضًـا وهو المغيا عنه، وبيّنا هذا غاية في المحل المذكور من المختصـر، وملخص ذلك أن كل من صرفه القاضي من عنده

فصل

واتفــقــوا أن كـــلاب الماشــيـــة يجـــوز بيــعـــهـــا ككلب البــاديه

وعنــدهم قـــولان في ابتــــيــــاع كـــلاب الاصـطيـاد والسّـــبـــاع

يعني اتّفق أهل المذهب أنّه يجوز بيع الكلاب المتّخذة لحفظ المواشي ممّا يعدو عليها من الحيوان المفترس، وبيع الكلاب المتّخـذة في البادية، واختلف في بيع كلاب الصّيد وفي بيع

فأخبره بوجود عيب أو بقدمه أو بحدوثه ميتًا كان المبيع أو حيًا على ما ظهر لنا من الأنقال فخبره كاف في ذلك ويحكم القاضي فيه بلا يمين، ولو كان امرأة أو كافرًا أو فاسقًا حيث لم يوجد عدل وإن لم يكن صرف من القاضي فـتلك شهادة تجري على حكمها وهي مـفصلة في أبوابها، ولكن المصروف من القاضي يشـترط فيه المعرفة كمـا لا يخفى وتشترط فيه النبـاهة، لأنه وإن كان عارفًا بالعيوب فقـد تكون معه بلادة، ولذلك نقول: المرأة العدلة أعني العارفـة لا تكفي وحدها لضعف عقلها، وقد ذكر اللخمي وابن سهل عدم كفايتـها ولو كانت مرسلة بل ذكر كثير أن العدل الواحد لا يكفي وحده ولو في الإرسـال، وهذا هو الذي يقلّد في هذه الأزمنة، ولذلك يقول المتقـدمون فيـما يكفي فيـه الواحد الأولى اثنان فـما كان عند الأوائل أولى يكـون عندنا واجبًا، وقـد أشار اللخمي لفـساد زمانه وضعف عدالة أهله فـكيف بزماننا؟ وليتنا أعطينا النجاة اليـوم مع العدلين، لكن إنما يعرف ذلك من ولي القضاء على الناس ورفع للناس الرأس وليس هذا في الحقيقة مخالفًا لكلام الناس، انظر كلامهم في الشرح بألفـاظهم، وفي المدونة: لا تقبل المرأة الواحدة في شيء، وتكلم عليه أبو الحسن وإن ذكر في المخـتصر أن شهادتها تثبت بها الخلطة فـاعرف هذا فقد أكلت فيه أموال يعلمها الكبـير المتعال سامح الله جميعنا إنه غفور رحمن مديم للإحـسان، كثير الامتنان في جميع الأزمان.

فصل

(ص): واتفقوا أن كلام الماشية. إلى آخر البيتين. قال في المختصر في هذا عاطفًا على ما لا يجوز وعدم نهي لا ككلب صيد، وإنمـا مثل بكلب الصيد لقوة الخلاف فيه، فذكـر ابن عرفة فيه سبـعة أقوال والمشهـور المنع وهو الصحيح، وشـهر بعضـهـم الجواز فيه وصـححه بعـضهم ولكن الراجح هو المنع لأنه مذهب المدونة، وإن كان مقابلها عليـه الأكثر كما في ابن رشد، وظاهر المتن المنع مطلقًا، وكذا ظاهر كلام غيره، والإطلاق هو المشهور خلافًا لمن فصل وذلك مبين في الأصل هذا في البيع، وأمـا اتخاذ الكلب فـحاصل ما ذكـره المازري في ذلك أن اتخاذ مـا لا منفعة فـيـه ممنوع، وللصيـد وحراسة الزرع والضرع جـائز، والخلاف إنما هو فيمـا إذا احتيج إليه فـي حراسة الدور، فـقيل بالجـواز للحاجـة، وقيل بالمنع لأنهـا تؤذي من لا يسرق وتروع المسلم، واتخـاذها للثلاثة الأولى في الحديث إلخ. وبه تعلم سرّ تمثيلـه بكلب الصيد أي خليل فللّه درّه وإن كان يتبع

السّباع كالفهود ونحوها ففي النّوادر: ولا بأس باشتراء كلاب الصّيد ولا يعجبني بيعها وقال سحنونٌ: نعم يجوز بيعها بثمنها وهي مثل كلاب الحرث، والماشية، والصّيد ابن الحاجب. وفي كلب الصّيد والسّباع قولان: التّوضيح أي وفي منع بيع الكلب وجوازه قولان: والمشهور المنع قال في البيان وهو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك. والجواز لابن كنانة وابن نافع وسحنونٍ وشهّره بعضهم، وعن مالك ثالثٌ بالكراهة، وعن ابن القاسم رابعٌ بجواز اشترائه، ومنع بيعه حكاه ابن زرقون، ثمّ قال: وهذا الخلاف إنّما هو في مباح الاتّخاذ، وأمّا غيره فلا خلاف في منع بيعه، وأنّ ثمنه لا يحلّ. نقل ذلك في البيان وقوله: والسّباع قال بعض من تكلّم على هذا الموضع أي: وفي الكلب الّذي يحرس الماشية من السّباع وفي معناه كلب الزّرع فإنّ اتّخاذ الكلب جائزٌ. واختلف في بيعه كما ذكر المصنّف نقله الباجيّ وغيره وذكر المازريّ خلافًا في الكلب الّذي يتّخذ لحراسة الدّور والقياسر والفنادق. وللمنع ذهب ابن القصّار، وأجاز فيه شيخنا رحمه الله وجهًا آخر، وهو أن يريد بالسّباع الّتي في معنى الكلب كالفهد ونحوه وهو الّذي اقتصر عليه ابن رشد. ا هـ قال الشّارح: وقع في البيت الأوّل من هذين البيتين لفظ الاتّفاق، ولا يخلو من نقدٍ. انظر بقيّة كلامه ثمّ قال: لفظ ابن الحاجب هو الّذي نظم الشّيخ رحمه الله في البيت الثّاني:

وبيع ما كالشّاة واستثناء ... ثلثه فيه الجواز جاء

أو قدر رطلين معًا من شاة ... ويجبر الآبي على الذّكاة

وليس يعطي فيه للتّصحيح ... من غيره لحمًا على الصّحيح

والخلف في الجلد وفي الرّأس صدر ... مشهورها الجواز في حال السّفر

غيره في بعض هذه الأمور، وبه تفهم ما في النظم من عدم الصواب وإن كان الاتفاق في كلامه يحمل على أنه طريقه، مع أني لم أر من حكى هذا الاتفاق، ولعله فهم هذا من قول ابن الحاجب: وفي كلب الصيد والسباع قولان، وسكت عن كلب الماشية كأنه متفق على جواز بيعه، وبالجملة فكلامه غير جيد من جهة أخرى كما لا يخفاك، وولد الناظم أشار لانتقاد الاتفاق على والده وإن كان مال لقول سحنون في جواز بيع كلب الصيد وإن وقع بعضه على القول المشهور، فروى أشهب يفسخ إلاَّ أن يطول، وحكى ابن عبد الحكم الفسخ ولو مع الطول هكذا في التوضيح، ويظهر من كلام الشامل وابن عرفة رجحان الأول وما قاله سحنون قال به أبو حنيفة، والشافعي قال بالمنع وقف على الشرح في كون القاضي يحكم في نازلة بيع الكلب إذا تخوصم إليه في ذلك بعد البيع.

(ص): وبيع ما كالشاة باستثناء. إلى آخر الأبيات الخمسة، هذا قال فيه في المختصر وشاة

وفي الضّـمـان إن تـفـانى أو سلب ثالثـــهـــا في الجلد والـرّأس يجب

اشتـملت الأبيات على مسألة واحدة وهي: بيـع الشّاة، واستـثناء بعضـها ولا يعني خصوص الشّاة، بل والبعيـر والبقرةً ونحوها؛ ولذلك أدخل الكاف على الشّاة. ثمّ إنّ هذه المسألة على ثلاثـة أوجه: أحدها: أن يستثني جزءًا شـائعًا قلّ أو كثـر كالرّبع أو الثّلث أو النّصف أو الثّلثين، أو غيـر ذلك من الأجزاء. وذلك جائزٌ قال في التّـوضيح عن المازريّ: ولا خلاف فـيه. وإلى هذا الوجه أشـار النّاظم بالبيت الأوّل، والوجـه الثّاني: أن يستثني أرطالاً من لحمها وذلك جائزٌ أيضًا؛ لكن فيما قلّ كالرّطلين والثّلاثة والأربعة ابن الحاجب: ويجوز بيع الشّاة، واستثناء ثلاثة أرطال فأدنى وإليه رجع بعد منعه ابن القاسم وسنّةٌ أشهب (وقدر الثّلث. ا هـ) وإلى هذا الوجـه أشار النّاظم بقوله: أو قدر رطلين مـعًا من شاة وهو بالخـفض عطفًا على لفظ ثلـثه، ويتـعلّق بهذا الوجـه فرعـان الفرع الأوّل: إذا أراد البـائع الذّبح؛ ليتـوصّل لما استثني وامـتنع المشتري؛ فإنّه يجبـر على الذّبح قال في التّـوضيح عن المازريّ: هو المعروف؛ لأنّ المشـتري دخل على أن يدفع للبـائع لحمًا، ولا يتـوصّل إليه إلاّ بالذّبح، وحكى بعضهم الاتّفاق عليه ا هـ وإلى هذا الفـرع أشار النّاظم بقوله: ويجبر الآبي على الذّكاة إلاّ أنّ لفظه يشمل امتناع البائع من الذّبح، إذ قد يبدو له ولا يريد الذّبح فظاهر النّاظم أنّه يجبر أيضًا الفـرع الثّاني إذا اتّفق المتبايعان على أن يعطي المشتـري للبائع لحمًا من غيرها، عوضًـا عن الأرطال المستثناة والمشهور منعه قال فـي التّوضيح: الأصحّ منعه، وهو مذهب أشهب، لما ذكره ابن الموّاز أنّه (يدخله بيع اللّحم بالحـيوان) والجواز ظاهر قول مالك في رواية مطرّفٍ، وفي المدوّنة ما يقتضيـه ا هـ. وإلى هذا الفرع أشار النّاظم بقوله: وليسٌ

واستثناء أربعـة أرطال ولا يأخذ لحم غيرها وصبـرة وثمرة واستثناء قدر ثلث وجلد وسـاقط بسفر فقط وجزء مطلقًا وتولاه المشتري ولم يجبر على الذبح فهما بخلاف الأرطال، وخير في دفع رأس وجلد أو قيمـتها وهي أعدل، وهل التخـيير للبائع أو للمـشتري قولان، ولو مات مـا استثني منه معين ضمن المشتري جلـدًا وساقطًا لا لحمًا اهـ. قوله: **(وقدر الثلث)** هذا اقتصر عليه غير واحد فيظهر رجحانه في الجملة، ولكن أبو الحسن حـمل المدونة على ما لم يبلغ الثلث وتظهر أرجيحته على غيره بحسب ما ظهر لنا من كلام الناس وقـد نقلناه في الشرح، ولا يجوز استثناء فخذها أو كبدها كما في الشرح عن المدونة وغيرها وإن جـرى فيه قياس على الأرطال، ولكن بحث فيه ابن عرفة وتكلم مع ابن عرفة في ذلك قف على ذلك إن شئت، وكذا لا يجوز استثناء الجنين وعليهما فكل حيوان يعتبر فيه من الأرطال ثلثـه أو أدنى منه بحسب جثة كبرت أو صغرت. قوله: **(يدخله بيع اللحم بالحيوان)** اعلم أنه يجوز شـراء رطل من شاة سلخت لا قبل سلخهـا، وإذا كان الأمر كذلك فاستثناء البائع أربعة أرطال من شاة إن مررنا على أن المستثنى مشترى فقبض شيء فيها يلزم فيه بيع الطعام قبل قبضه والطعـام هو الأرطال، وإن مررنا على أن المستثنى منفي فهو بيع لحم قبل السلخ، وعلى هذا فلا فرق بين أن يكون المبيع به لحمًـا أو غيره على كلا القولين، وابن المواز هو

يعطى فيه للتّصحيح... إلخ أي: لتصحّ الشّاة وتدوم حـيّاتها ومقابل الصّحيح في البيت، الجواز كما تقدّم عن التّوضيح أنّه ظاهر قول مالك وفاعل يعطي ضمير المشتري، وضمير فيه للمستثني الّذي هو الأرطال، وضمير غيره المسـتثنى منه ولحمًا مفعول يعطي الوجه الثّالث: من أوجه المسألة: من باع شـاةً واستثنى الجلد والرّأس قال في التّـوضيح، وفي المسألة ثلاثة أقوال: الجواز في الحضـر والسّفر، حكاه فضلٌ عن ابن وهبٍ وعيسى، والمنع فـيهما حكاه الأبهريّ روايةً عن مالكٍ والثّـالث المشهور يجوز في السّفر دونَ الحـضر، ودليله ما رواه أبو داود في مراسيله، عن عـروة بن الزّبير، «أنّ النّبيّ ﷺ حين خرج هو وأبو بكرٍ مـهاجرين إلى المدينة، ومرّا براعي غنمٍ اشـتريا منه شاةً، وشرطا له سـلبها»[١٠٢] ولا يقاس الحـضر عليه؛ لأنّـه إنّما جاز في السّـفر؛ لكونه لا قـيمـة له هناك، فخفّ الغـرر ا هـ. وقال في التّوضيح بعد هذا: وكأنّه اشترى الجـميع ا هـ. وإلى هذا الوجه والخلاف فيه، أشار النّاظم بقوله: «والخلف في الجلد البـيت» ومفهوم قـوله: «الجواز في حال السّفر» أنّه يمنـع استثناء ذلك في الحضر، (وهو محتملٌ للمنع) حقيـقةً وللكراهة انظر التّوضيح ثمّ ذكر النّاظم فرعًا يتعلّق بالوجـهين الأخيرين من المسألة وهما: اسـتثناء الأرطال، أو الجلد والرّأس، وهو إذا ماتت الشّاة المستثنى منها ذلك أو سـرقت أو غصبت وإلى الموت والسّرقة، أشار بقوله: «إن تفانى أو سلب» هل يضمن المشتري ذلك المستثنى أو لا يضمنه؟ قال في التّوضيح في شرح قول ابن الحاجب: فلو مات ما استثني منه معـيّنٌ فثالثها يضمن المشتري الجلد والرّأس دون اللّحم ما نصّـه: مراده بالعيّن خلاف الجزء الشّـائع كالثّلث والرّبع فإنّه لا ضمـان عليه في ذلك. وحاصل مـا ذكره المصنّف: أنّه اختـلافٌ في مسألة الأرطال والجلد والرّأس، فـقيل يضمن في الجمـيع بناءً على أنّه لا يجبر، أو لا يضمن، بناءً على أنّه يجـبر، أو يضمن في

الذي قـال اللازم في الفـرع بيع لحم بحيـوان، ونقله ابن عـرفـة وغيـره وسلمـوه وهو الذي في المختصر، ولكن لا يـخفاك ما في ذلك، وابن عبد السـلام تكلم في المسألة، مع أني لم أفهم بيع اللحم بالحـيوان في المسـألة لأن البـائع إنما وجبت له أرطال في المـبيع تفـهمـه، نعم إن أريد أن المتبايعين يتهمان على أنهما دخلا على أن يأخذ البائع لحمًا في الشاة المبيعة وأظهرا استثناء الأرطال فيقـرب ولكن لم أر من قاله مع أنهم لم يذكروا أن مثل هذا يكثر قـصده. قوله: **(وهو محـتمل للمنع إلخ)** هذا محمول على المنع، وقد رأيت قول المختصر: وجلد وساقط بسفر إلى قوله: ولم يجبر على الذبح فيهما، وما ذكره في المخـتصر شهر وبيّنا من شهره في الشرح وأن الجلد والرأس والأكارع تحرم في الحضر وتجوز في السفر وبيّنا علة ذلك، فكلام المختصر هو المشهور على إطلاقه منطوقًا ومفهـومًا، وإن كان بعض ما يقابل ما في المتن قولاً قويًا في نفـسه، وأن قوله فقط راجع للجلد والساقط، ومن ردّه إلى ما يليـه فقد أخطأ بل السفر شرط فـيـهما هذا هو الحق إن شاء الله

---

(١٠٢) [حديث ضعيف]: أخرجه أبو داود في مراسيله.

مسألة الجلد والرّأس بناءً على عدم جبره دون مسألة الأرطال فإنّه يجبر ثلاثة أقوال، والثّالث هو مذهب المدوّنة ونسب ابن يونس وغيره القولين في ضمان الجلد لابن القاسمً. (وحمل ابن دحون) القول بعدم الضّمان على ما إذا لم يفرّط. وأمّا إن توانى بالذّبح فيضمن، وهو معنى الرّواية بالضّمان وعلى هذا فلا خلاف في المسألة. ا هـ.

تنبيهٌ: تقدّم أنّ الإجبار على الذّبح، إنّما هو مفرّعٌ على استثناء الأرطال، أمّا استثناء الجزء الشّائع، أو الجلد والرّأس، فلا يجبر على الذّبح فيهما على المشهور وكذا تقدّم أوّل كلام التّوضيح المنقول آنفًا، أنّ الخلاف في الضّمان مفرّعٌ على استثناء الأرطال والجلد والرّأس، وأمّا على استثناء الجزء الشّائع فلا ضمان على المشتري، لأنّه شريكٌ.

فصل في بيع الدين والمقاصة فيه

جمع النّاظم في هذا الفصل بين الدّين واقتضائه، والمقاصّة فيه للمناسبة الظّاهرة بين الثّلاثة، وكأنّه أطلق بيع الدّين على ما تبرأ به ذمّة المدين، سواءٌ كان بيعًا وذلك حيث يقضى من غير جنس الدّين أو اقتضائه وذلك حيث يقضي من جنس الدّين وفي بعض النّسخ بيع الدّين بالدّين والصواب إسقاط قوله بالدين؛ لأنّ مقصود النّاظم، الكلام على ما يجوز من بيع الدّين، وما يمنع منه وعلى نسخه زيادةٌ بالدّين، يكون إنّما ترجم للممنوع فقط، هو بيعه بالدّين

بما يجوز البيع بيع الدّين ... مسوّغٌ من عرضٍ أو من عين

وإنّما يجوز مع حضور من ... أقرّ بالدّين وتعجيل الثّمن

يعني أنّه يجوز بيع الدّين بما يجوز البيع به من عرضٍ، أو عينٍ. ويعني بما يجوز البيع به لذلك الدّين، بحيث ينظر لما في الذّمّة من عينٍ، أو عرضٍ ويعتبر في بيعه وما يجوز بيعه

وإن شكتت فانظر كلام الناس والله المعين. قوله: **(وحمل ابن دحون إلخ)** انظر كلام الناس يظهر لك منه هذا في الشرح.

فصل في بيع الدين والمقاصة فيه

(ص): بما يجوز البيع بيع الدين إلى آخر البيتين. هذا يحتاج إلى كلام طويل لا سيما وهذا الشارح قد أطال فيه والمسألة صعبة متشعبة، فلا بدّ أن نأتي بكلام المختصر وشرحه ليظهر الصحيح من السقيم ونصّه: وككالئ بمثله فسخ ما في الذمة في مؤخر ولو معينًا ويتأخر قبضه كغائب ومواضعة ومنافع عين وبيعه بدين وتأخير رأس مال السلم، فقوله: وككالئ هو معطوف على ما نهي عنه، والنهي يقتضي الفساد أي الكالئ بالكالئ منهي عنه وهو فاسد، قال في التوضيح:

به وما يمتنع بشروط صحّته، وكماله فقوله: بيع الدّين مسوّغٌ مبتدأٌ وخبرٌ، ومما يتعلّق بمسوّغٌ وهي موصولةٌ، صلتها يجوز البيع، وحذف العائد؛ لكونه مجرورًا بما جرّ به الموصول. وقوله: من عرضٍ أو عين الظّاهر أنّه تفسيرٌ للإبهام الّذي في ما، أي والّذي يجوز أن يباع به الدّين هو العينُ أو العرض، ويحتمل على بعد أن يكون تفسيرًا للدّين، أي يجوز بيع الدّين، سواءٌ كان الدّين عينًا أو عرضًا، وكلاهما صحيحٌ فإذا كان الدّين عينًا؛ جاز أن يعطيه من غير جنسه إذا حلّ الأجل كما يأتي، وأمّا من جنسه فهو اقتضاءٌ لا بيعٌ، إلاّ إذا أريد بالبيع ما تبرأ به الذّمّة كما تقدّم وجاز أن يعطيه عرضًا، وإن كان الدّين عرضًا جاز أن يعطيه عينًا أو عرضًا من غير جنسه، وأمّا من جنسه فاقتضاءٌ أيضًا.

قال الشّارح: واحترز بقوله بما يجوز البيع به من أن يبيع الدّين بما لا يجوز أن يباع به حاضرًا، وذلك ظاهرٌ وإنّما يجوز بيع الدّين بشرطين أحدهما: حضور المدين الّذي عليه الدّين، وإقراره ببقاء الحقّ قبله، فلا يجوز بيع الدّين والمدين غائبٌ أو منكرٌ وثانيهما: تعجيل الثّمن المدفوع فيه؛ لئلا يكون فسخ دينٍ في دين ومن هنالك لا يجوز دنانير في دراهم، ولا دراهم في دنانير، على تأخير المدفوع لحظةً؛ لأنّه صرف مستأخرٍ ثمّ قال: وفي مفيد ابن هشامٍ، من مختصر ابن أبي زيدٍ، من كان له دينٌ من عينٍ أو عرضٍ، فله بيعه من

حقيقة فسخ الدين في الدين هو أن يبيع الدين ممّن هو عليه بشيء مؤخر من غير جنسه أو من جنسه وهو أكثر إلخ. وقول المتن فسخ ما في الذمّة أي فسخ دين في الذمّة، ولا فرق في هذا الدين بين أن يكون من قرض أو غيره مؤجلاً كان أو حالاً. وقوله في مؤخر كان هذا المؤخر أزيد عددًا أو صفة كعشرة محمولة يفسخها في عشرة سمراء، وعلة ذلك سلف جر نفعًا لأن من أجل ما عجل عد مسلفًا، وكذا فسخ عرض في عرض من غير جنسه لأن تأخيره مظنة لكون المقبوض عن الدين هو مظنة للزيادة، وأما من له عشرة دنانير محمدية أخرها لأجل فذلك جائز لأن المؤخر محسن ولا نفع له في ذلك، وكذلك إن أسقط خمسة وأخّر خمسة مع أن هاتين الصورتين لا يدخلان في فسخ الدين، وهذا كله يفهم من متن المختصر عند التفهم لكلامه وقوله وبيعه بدين، ابن عبد السلام: لا بدّ عندهم في بيع الدين بالدين أن تقدم عمارة الذمتين أو إحداهما على المعاوضة كمن له دين على رجل، والثالث دين على رابع فباع كل واحد من صاحبي الدين ما يملكه من الدين بالدين الذي للآخر، وكذا لو كان لرجل دين على رجل فباعه من ثالث بدين، فإما إن لم تعمر الذمة إلاّ عند المعاوضة كتأخير رأس مال السلم بشرط أكثر من ثلاثة أيام على المشهور فيسمون هذا ابتداء الدين بالدين اهـ. وأقواها فسخ الدين في الدين ثم بيعه بدين ثم ابتداء الدين بالدين على ترتيب المصنف، ولذلك جوزوا بيع الدين بمنافع عين معينة، ومنعوه في فسخ الدين في الدين، وجوزوا في الأخير الذي هو ابتداء الدين بالدين تأخير ثلاثة أيام بالشروط، وقول المتن: وبيعه بدين يفهم منه أنه لا يمنع بيعه إلاّ بدين، وأما نحو منافع المعين وما في حكمه فيجوز، وهو كذلك كما في ابن يونس وغيره وهو الذي أشرنا إليه أولاً فللّه درّ المصنف.

غير غـريمه قبل محلّه، أو بعده بثمنٍ يـتعجّله فإن كان دنانيـر، أو دراهم باعه بعرضٍ، وإن كان عـرضًا باعه بعينٍ أو بعرضٍ يخـالفه نقدًا قـال سحنونٌ: بمحضر الغـريم وإقراره ا هـ. والظّاهر - واللّه أعلمُ - (أنّ بيعَ الدّين في هذه الصّورة) الّتي في المفيـد للمدين نفسه جائزٌ أيضًا لأنّه دينٌ بدينٍ. وإن صالحـته على عشرة أرطال، من لحم شاةٍ وهي حيّـةٌ لم يجز قال ابن القاسم ومن استهلك لك بعيرًا، لم يجز أن تصالحه على بعيرٍ مثله إلى أجلٍ، لفسخك ما وجب لك من القيمة في ذلك لو صالحته على دنانير مؤجّلة، فإن كانت أكثر من القيمة، لم يجز، وإن كانت كالقيمة فأدنى، وكـان ما استهلك ممّا يباعُ بالدّنانير بالبلد جاز، ويجوز على دراهم نقدًا، أو على عرضٍ نقدًا بعد معرفتكما بقيمة المستهلك من الدّنانير، ولا يجوز إلى أجلٍ وإن كان ممّا يباع بالدّراهم؛ جاز الصّلح على دراهم مؤجّلة مثل القيمة فأدنى، ولا يجوز على دنانير أو عرضٍ إلاّ نقدًا بعد معرفتكمـا بقيمة المستهلك من الدّراهم وإن شرطتما تأخير ذلك إلى أجلٍ لم يجز، ولو تعجّلته بعد الشّـرط لم يجز؛ لوقوعه فاسدًا وكذلك إن ادّعيت أنّـه استهلكَ لـك غنمًا أو مـتاعًا، فـالصّلح فيـه على عينٍ أو عرضٍ يجـري على وصفنا. وقال ابن الـقاسم فيمن ذبح لرجلٍ شاةً أو بقـرةً أو فصيلاً فـإن كانَ لحم الشّاة لم يفت؛ لم يجز أن تصالحـه بشاة إذ له أخذها مذبوحـةً فصار لحمًا بحـيوانٍ وإن فات اللّحم فجائزٌ نقدًا بعد المعـرفة بقيمة الشّاة، ولو استهلك له صبرة قمـح لا يعرفانِ كيلها؛ جاز أن يأخذ بالقيمة ما شاء من طعامٍ من غير جنسه، أو عرضٍ نقدًا، وأمّا على مكيلةٍ من قمحٍ أو شعيـر أو سلت؛ فلا يصحّ على التّحرّي أي لأنّ الثّلاثةَ صنف واحـدٌ، والشّكّ في التّماثل كتحـقّق التّفاضل قال: (وأمّـا على كيلٍ لا يشكّ) أنّه أدنى من كيل الصّـبرة، فلا بأس به، وكأنّه أخذ بعض حقّـه، فلا تبالي أخذ قمحًا أو شعـيرًا أو سلتًا، يريد هاهنا وإن لم يعرف القيمـة. ا هـ على نقل الموّاق قال: وعلى هذا ينبني مصـالحة الفرّان والرّحويّ، فيـما تبدّل عندهما (وكان سـيّدي ابن سراجٍ رحمه الله يقول) لا يجـوز أن يأخذ ما لا يشكّ أنّه أقلّ، حتّى يتحـقّق أنّ خبزه أو دقيقـه قد أكل، لئلا يكون مبـادلةً بتأخيرٍ وكان يقـول قد تقدّم له قرينة الحال، أنّ طـعامه قد أكل، وقد تقـدّم من هذا في الأضحيّة ا هـ ابن الحـاجب يجوز الصّلح على ذهبٍ من ورقٍ وبالعكس إذا كانا حالّين وعجّل ومن المدوّنة قال مالكٌ: من لك عليه مائـة درهمٍ حالّةٍ، وهو مقرٌّ بها جـاز أن تصالحه على خمـسين منها إلى أجلٍ؛ لأنّك

قوله: **(أن بيع الدين في هذه الصورة إلخ)** انظر هذا عند قول المتن في كتاب الصلح: وإن صالح بمؤخر عن مستهلك إلخ تر الفقه الصحيح هذا وزيادة. قوله: **(وأما على كيل لا يشك إلخ)** انظره عند قول المتن في كتاب الخيار: وإن أهلك بائع صبرة إلخ. ومسألة الشاة المتقدمة انظرها عند قول المتن صدر كتاب الغصب أو ذبح إلخ، وكل ما طول به هذا الشارح يفهم من المختصر، ولولا خشية الإطالة لبيّنا ذلك غاية، وقد بيّنا ذلك في محـاله المذكورة والحمد لله مدخلاً ذلك في كلامه بحسب اقتضائه ذلك كله. قوله: **(وكان سيدي ابن سراج رحمه الله إلخ)** انظره عند قول المتن في

حططته وأخّرتـه، ولا بأس أن تصالحه على دنانير أو عرضٍ نقـدًا، ولا يجوز فيهـا تأخيرٌ؛ لأنّه فسخ دينٍ وصرف مـستأخرٍ. قال ابن القاسم: وكـذلكَ إذا كان المدّعى عليه منكرًا لأنّ المدّعي إذا كانَ محـقًّا؛ فلا بأسَ أن يأخذ عن مائة درهمٍ خمـسين إلى أجلٍ، وإن أخذ عنها عرضًا أو ذهبًا إلى أجلٍ لم يصحّ؛ لأنّه فـسخ دراهم في عروضٍ أو دنانير إلى أجلٍ، وذلك حرامٌ وإن كـان المدّعي مبطلاً؛ لم يجز له أخـذ شيءٍ عاجلٍ أو آجلٍ ا هـ. وهذا كلّه داخلٌ في قول النّاظم: بما يجوز البيع بيع الدّين. البيت إنّما أطلتُ هنا بعض التّطويل لأنّ في بيع الدّين بعض صعوبة، وتكثير الأمثلة، ممّا يتمرّن به الطّالب، وهذا النّقل لا شكّ أنّهم ذكروه في باب الصّلح، ولكن إنّما يصالح عـن الدّين بما يباع به، والمقصود هنا معرفـة ما يباع به الدّين ممّا لا يباع به. وقد تلخّـص من مسألة استهلاك صـبرة القمح المتقدّمـة قريبًا: أنّ منع بيع المجـهول بمعلومٍ من الجنس الواحـد من الطّعـام الرّبويّ سواءٌ تبـيّن الفضل من إحـدى الجهـتين أو لا إنّما هو إذا كـان على وجه البيع وحـضور العوضـين، وأمّا بعد تقـرّر أحد العوضين في الذّمّة وقصد الصّلح عنه؛ فـيجوز أن يقضي ما لا يشكّ أنّه أقلّ؛ (لأنّ الصّلح عن بعض الدّين) هبةٌ والله أعلم. وأشـار النّاظم بقوله: وإنّما يجوز مع حـضورٍ من البيت إلى بعض شروط جواز بيع الدّيـن. وذكر منها ثلاثةً: (حضور المدين)، وإقـراره، وتعجيل الثّـمن. وبقي عليـه ما نقـل الموّاق عن الغرناطـيّ ثلاثةٌ أخر: (أن لا يكون الـدّين طعامًـا بعرضٍ)، (وأن يبـاع بغير جنسه)، (وأن لا يكون المبـتاع عـدوًّا) للغريم البرزليّ: وإن كان

الضحايا وإبدالها بدون وإن لاختلاط إلخ في حاشيتنا. وقوله: **(لأن الصلح عن بعض الدين إلخ)** انظره عند قول المتن: على بعضه هبة. قوله: **(حضور المدين إلخ)** هذا هو قول المختصر في كتاب الربا، ومنع بيع دين ميت وغائب ولو قربت غيبته وحـاضر إلاّ أن يقرّ، وأما قوله: وتعجيل الثمن هذا هو قول المتن، وبيعه بدين. وقوله: **(أن لا يكون الدين طعامًا بعرض)** هو قول المختصر في السلم وبغير جنسه إن جـاز بيعه قبل قبضه إلخ، وهذا معلوم عند الناس أن بيع الطعـام قبل قبضه لا يجوز وهو قول المتن، وجـاز البيع قبل القبض إلاّ مطلق طعام المعاوضـة إلخ، وإن كان ما في السلم هو دين بيع ممّن عليه الديـن، ومنه فهم قول هذا الشارح آنفًـا أن بيع الدين إلخ، والحاصل طعام المعاوضة لا يجوز بيـعه قبل قبضه مطلقًا إلاّ في فسخ الدين ولا فـي بيعه ولا في غير ذلك كما إذا اشـتراه وباعه قبل أن يـقبضه فذلك حـرام. وقوله: **(وأن يباع بغير جنسه إلخ)** هذا في الغرناطي والبرزلي، ونقله ح وغيره وسلموه ولم أفهم علته وإن كان يظهر منعه حتى من كلام ابن يونس حين تكلم على صلح الزوجـة مع الورثة مع أنه لا مانع يظهر أصلاً، فـإن المدين إذا كانت عليه بقرة من قرض أو سلم وباعـها له مالكها من رجل بثوب حاضـر بلا تأخير، والمصنف قال: وبيعه بدين، وكذا ابن عرفة وغيره فكلامهم إنما منعوا فيه التأخير للمقبوض، وكذا قول التحفة هنا بما يجوز البيع إلخ، وكـذا كلام ولده على هذا وكلام غير واحد، وكذا مـا ذكره الناس على قول المختصر وجـاز عن دين بما يباع به، وكذا كلام غيره في هذا فظاهر كلامـهم أو صريحه جواز بيع

الدّين عروضًا فهل يشترط أن يبقي مثل أجل السّلم من أجله أو ليس من شرطه ذلك؟ وأخذ كلّ واحد منهما من المدوّنة قال: مقيّدٌ هذا الشّرح سمح اللّه له، وقد كنت نظمت شروط جواز بيع الدّين، على ما ذكر الغرناطيّ فقلت:

شروط بيع الدّين ستّةٌ ترى ... حضور مديانٍ وإقرارٌ يرى

وبيعه بغير جنسٍ ونقد ... ثمنه ولا عداوة يرد

وليس ذا الدّين طعامًا واختلف ... في أجل السّلم إن عرضًا وصف

أي: إن كان الدّين عرضًا موصوفًا في الذمّة، ثمّ زدت على شروط بيع الدّين مسألتين فقلت فيهما:

وليس من شروطه الحلول ... إلاّ بصرفٍ شرطه مقول

في كون ذا المدين أولى بالّذي ... بيع به أو لا خلاف فاحتذي

(فائدةٌ): من صور بيع الدّين - الّذي الكلام فيه - المسألة الملقّبة - عند العامّة - بقلب الرّهن، وذلك أن يكون بيد الإنسان رهنٌ في دينٍ مؤجّلٍ، ثمّ يحتاج إلى دينه قبل الأجل؛ فيبيع ذلك الدّين المؤجّل بما يجوز أن يباع به، كما إذا كان دينه دنانير أو دراهم كما هو الغالب في بيع الرّهن؛ فيبيعه بسلعةٍ نقدًا، مع اعتبار بقيّة شروط جواز بيع الدّين - كما تقدّم - ويحلّ المشتري للدّين المذكور محلّ بائعه المرتهن، أو لا في الجواز والمنفعة وإن جعلت له، والبيع للرّهن بالتّفويض الّذي جعل للمرتهن البائع للدّين وغير ذلك، ويكتب في ذلك في ظهر وثيقة الدّين أو طرتها: اشترى فلانٌ جميع الدّين أعلاه، أو بمحوّله بكذا وكذا، وقبض البائع المذكور جميع الثّمن معاينةً، أو باعترافه بعد التّقليب والرّضا كما يجب، وأبرأ المشتري من جميعه. فبرئ، وأحلّه محلّه في الرّهن والانتفاع به، والجواز له والتّفويض، وتملّك المشتري المذكور مشتراه تملّكًا تامًّا، على السّنّة في ذلك والمرجع بالدّرك عرفًا قدره إلى آخر الوثيقة وهذا مع التّنصيص على دخول الرّهن في البيع، وهو المعمول به في وقتنا، إذ هو المقصود بشراء الدّين غالبًا، وللرّاهن الخيار بين أن يجعل رهنه بيد المشتري المدين، أو يجعله بيد رجلٍ غيره، وهذا ظاهرٌ إن لم تشترط منفعته، أمّا إذا كان المرتهن

البقرة التي في ذمة المدين ونحوها بثوب ونحوه حاضراً أو بشاة مثلاً أو كان الدين كتابًا والمشترى به ثوب، وغير ذلك من العروض المتخالفة في الجنس، والحاصل هذا أمر عجيب والعلم الحقيقي عند الله تعالى. وقوله: (**وأن لا يكون المبتاع عدواً إلخ**) هذا هو قول المتن في كتاب الضمان وبغير إذنه إلى قوله كشرائه إلخ.

قوله: (**فائدة إلخ**) ما ذكره في هذه الفائدة حسن.

اشترط المنفعة، وباع الدّين والمنفعة معًا - كما هو الواقع كثيرًا - فلا خيار للرّاهن، إلاّ إذا لحقه ضررٌ؛ فيزال الضّرر، ويكري ذلك لغير مشتري الدّين، والكراء لمشتريه؛ لأنّ المنفعة لمشترطها وإن شرط عدم دخوله لم يدخل، ويبقى الرّهن بيد من هو بيده، وأمّا إن بيع الدّين وسكت عن الرّهن، فلا يشمله البيع لأنّ الدّين ملكٌ للبائع، والتّوثّق بالرّهن حقٌّ له، وكلٌّ منهما منفكٌّ عن الآخر، والأصل بقاء مال الإنسان على ملكه؛ حتّى يخرج عنه برضاه، وإذا اختلفا في بيع الدّين هل وقع على دخول الرّهن أو لا؟ تحالفا وتفاسخا، ويبدأ البائع. كما في اختلاف المتبايعين إذا اختلفا هل وقع البيع على رهنٍ أو حميلٍ أو لا؟ وكذلك القول في الحميل إلاّ أنّه إذا اشترط دخوله فيشترط حضوره، وإقراره بالحمالة، لئلا يصير من شراء ما فيه خصومةٌ. انظر الحطّاب في شرح قوله في البيوع: وحاضرٌ إلاّ أن يقرّ ومع كون الدّين ببيّنة عادلة، وبرهنٍ يساوي الدّين وأكثر، وهو محوزٌ بيد المرتهن؛ فلا بدّ من حضور المدين، وإقراره بالدّين على القول المشهور. وأجاز ابن القاسم في سماع عيسى ابن معاوية شراء الدّين على الغائب وقاله أصبغ في نوازله، ورواه أبو زيد عن مالك، ونقل الإمام أبو عبد اللّه المازريّ في شرح التّلقين أنّ ابن الموّاز يجيز شراء الدّين على الغائب القريب الغيبة، إذا كان على الدّين بيّنةٌ نقل ذلك صاحب المعيار، أوّل الكرّاس السّابع من ترجمة المعاوضات والبيوع، في سؤال نازلة سئل عنها الإمام أبو العبّاس القبّاب. وفي السّؤال المذكور وجوابه طولٌ حذفته اختصارًا. قال القبّاب المذكور أوّل الجواب: أمّا من يجيز بيع الدّين على غائب بغير رهنٍ، فلا يشكل على أحد أنّه مع الرّهن أولى بالجواز (لكنّها كلّها) أقوالٌ غير مشهورة، ولا معوّل عليها عند أصحاب الأحكام انظر تمام كلامه - رحمه الله - والّذي جرى به العمل عندنا في الرّهان بيع الدّين من غير حضور المدين، ولعلّه ارتكابًا لمقابل المشهور؛ لقلّة الغرر مع ثبوت الدّين وحيازة الرّهن.

(فرعٌ: ما تقدّم) من جواز بيع الدّين إنّما هو إذا لم يقصد به التّضييق على المدين وتعنيته، أمّا إن قصد به ذلك؛ فيمنع ويردّ إن وقع ذلك وهل يكفي في منع ذلك وفسخه قصد المشتري وحده الإضرار، أو لا بدّ أن يكون البائع عالمًا بقصد المشتري الضّرر وإلاّ لم يفسخ بل يباع الدّين على المشتري فيرتفع الضّرر ابن يونس وهو أظهر. قاله في التّوضيح في مسألة الضّمان بغير إذن المضمون عنه وقد تقدّم هذا في شروط بيع الدّين.

قوله: **(لكنها إلخ)** القائل بالجواز غير واحد، وربما تظهر قوة ذلك لا سيما إن كان الغائب قريبًا وعلمت حياته هذا هو قول ابن القاسم وغيره انظره عند قول المتن وبيعه بدين إلخ، وما جرى به العمل بفاس ظاهر وجهه وبينّا ذلك في المحل المذكور.

قوله: **(فرع: ما تقدم إلخ)** هذا مبين في قول المختصر في الضمان. وقوله: **(إذا بيع الدين إلخ)** المذهب هو أن المدين ليس أحق بدينه وهو قول المختصر في كتاب الشفعة لا عرض وكتابة ودين إلخ.

فرعٌ: (إذا بيع الدّين) فاختلف هل يكون من هو عليه أحقّ به أم لا؟ قال في التّوضيح في باب الشّفعة: وظاهر المذهب أنّه لا يكون أحقّ به وعن مالك: أراه حسنًا وما أرى أن يقضي به وقال أشهب: يقضي به ا هـ. وتقدّم هذا في البيت الرّابع من شروط بيع الدّين.

وفي طعامٍ إن يكن من قرض يجوز الابتياع قبل القبض

هذا من تمام الكلام على بيع الدّين، ومراده أنّ من كان له على رجلٍ طعامٌ، ترتّب له عليه من سلف إحسانٍ توسعةً، فإنّه يجوز له بيعه قبل قبضه من ذلك الرّجل، وهذا المعنى تقدّم دخوله في قوله في ترجمة بيع الطّعام

والبيع للطّعام قبل القبض ممتنعٌ ما لم يكن من قرضٍ

وإنّما أعاده لكونه من بيع الدّين، وفي الرّسالة ولا بأس ببيع طعام القرض قبل أن يستوفى وفي المتيطيّة: جائزٌ لمن أقرض طعامًا أو ورثه أو وهب له، أن يبيعه قبل أن يستوفيه ا هـ. ولا بدّ من كون الثّمن معجّلاً، ولم يصرّح به النّاظم هنا، اتّكالاً منه على ما تقدّم من قوله: قبل هذا يليه وتعجيل الثّمن، وهذا يعني تعجيل الثّمن شرطٌ في بيع الدّين مطلقًا، طعامًا كان أو غيره.

والاقتضاء للدّيون مختلف والحكم قبل أجلٍ لا يختلف
والمثل مطلوبٌ وذو اعتبار في الجنس والصّفة والمقدار
والعين فيه مع بلوغ أجلا صرفٌ وما تشاؤه إن عجلا
وغير عينٍ بعده من سلف خذ فيه من معجّلٍ ما تصطفي
وإن يكن من سلمٍ بعد الأمد فالوصف فيه السّمح جائزٌ فقد

الاقتضاء قال ابن عرفة: هو في العرف: قبض ما في ذمّة غير القابض فقوله: غير القابض أخرج به المقاصّة؛ لأنّها قبضٌ وقوله: ما في ذمّة القابض وقوله: ما في ذمّة... إلخ يعني أنّ الاقتضاء هو: أن يقبض ربّ الدّين من المدين من جنس الدّين الّذي له عليه مثل أن يكون لك على المدين ذهبٌ، فيعطيك ذهبًا، أو ورقٌ فيعطيك ورقًا، أو كتّانٌ، فيعطيك كتّانًا أو حريرٌ فيعطيك حريرًا، وعلى ذلك فقس. أمّا إن أعطاك عن الذّهب فضّةً أو بالعكس فهو صرفٌ وهو المراد بقولهم: صرف ما في الذّمّة جائزٌ بشرط الحلول. وإن

(ص): والاقتضاء للديون مختلف إلى آخر الأبيات الخمسة. أكثر الناس الكلام في هذا، وأكثر هذا الشارح وشارحو المختصر، وقد لفقنا ذلك في أبيات بما نصّه:

أعطاك عن الذّهب حريرًا مثلاً، أو عن الحرير ذهبًا، أو عن الصّوف كتّانًا، فهو من بيع الدّين لا من اقتضائه، واقتضاء الدّين أو بيعه من المدين، يتصوّر بين شخصين: ربّ الدّين والمدين وأمّا بيعه لغير المديان فيتصوّر بين ثلاثة أشخاص: ربّ الدّين والمدين والمشتري للدّين، ولعلّ المصنّف أطلق الاقتضاء على ما تبرأ به الذّمّة، كان المقبوض من جنس الدّين، أو من غير جنسه، بدليل أنّه ذكر ما هو اقتضاءٌ حقيقةً، وما هو بيعٌ حقيقةً، وما هو محتملٌ لإرادة البيع أو الاقتضاء، وذلك لأنّه قسّم الاقتضاء إلى ما قبل الأجل، وإلى ما بعده، فأشار إلى ما قبل الأجل بقوله:

.... والحكم قبل أجلٍ لا يختلف

والمثل مطلوبٌ وذو اعتبار ....

أي: معتبرٌ في الجنس والصّفة والمقدار وهذا اقتضاءٌ حقيقةً لأنّه أعطى مثل ما عليه جنسًا وصفةً ومقدارًا، ثمّ قسّم الاقتضاء بعد الأجل إلى كونه - أي الدّين - عينًا أو غير عينٍ، فإن كان عينًا وأعطاه عينًا مخالفًا لجنس الدّين فهو صرفٌ، وإن أعطاه عن العين

علّل بضع في بيعنا والسلف والبيع في العرض بحط تقتف

منعهما قد خصصوا بما اتحد في الجنس في الغير فافهم ما ورد

إن آدنى أو أقل قبل الأمد قضيت أو زيادة القرض اردد

الفضل في العرض مزيده حظر في بيعنا قبل حلول ما قدر

وغير ما ذكر جوز مطلقا في البيع والقرض على ما حققا

وملخص ما نظمناه أن القضاء بالمساوي جائز مطلقًا بلا قيد أصلاً وبالأقل صفة أو قدرًا مع الحلول جائز مطلقًا كان من بيع أو قرض ومع عدم الحلول المنع كذلك وبأكثر قدرًا المنع في القرض مطلقًا، وفي البيع بالجواز مطلقًا كذلك إن كان الدين من عين، وبأفضل صفة الجواز مطلقًا في القرض والبيع من عين كذاك بلا قيد أصلاً وفي العرض والطعام من بيع الجواز إن حلّ الأجل وإلاّ فلا، والقدر فيهما كفضل الصفة بلا فرق فافهم ذلك وادع لمن قرب وجاهد نفسك في ذلك واتعب، وحاصل البيت الأول أن ضع وتعجل يعلّل به في البيع والسلف وحط الضمان وأزيدك إنما هو في العرض من بيع وكُل من ضع وتعجل وحط الضمان وأزيدك إنما يكونان في الجنس الواحد، انظر شرحنا لقول المختصر وقضاء قرض بمساو وأفضل صفة وإن حلّ الأجل بأقل صفة وقدرًا لا أزيد عددًا أو وزنًا إلاّ كرجحان ميزان أو دار الفضل من الجانبين وثمن المبيع العين كذلك وجاز بأكثر، وزيادة الوزن الزائدة على قدر رجحان الميزان كزيادة القدر، وتتبع ما في هذا الشارح يطول بنا غاية فلذلك تركناه ولخصناه الفقه فعليك به إذ الفقه هو المطلوب في نفسه.

عرضًا ثوبًا مثلاً فهو بيعٌ للدّين بذلك الثّوب، فقال:

والعين فيه مع بلوغ أجلا صرفٌ وما تشاؤه إن عجلا

فقوله والعين فيه الضّمير للعين، أي دفع العين في العين صرفٌ، فالعين الأوّل هو المدفوع عن الدّين والثّاني الّذي كنّى عنه بالضّمير هو الدّين المترتّب في الذّمّة ومقابله هو قوله: «وغير عينٍ إلخ «وهذا كلّه من بيع الدّين؛ لأنّ الصّرف بيعٌ، وإن غلب إطلاق البيع على ما أحد عوضيه غير ذهب ولا فضّة، وإن كان الدّين غير عينٍ بل عرضًا، فإمّا أن يكون من سلف، أو من بيعٍ، وعن البيع عبّر بالسّلم؛ لأنّ السّلم بيعٌ بالمعنى الأعمّ. فإن كان من سلف جاز أن يأخذ عنه ما شاء معجّلاً، فإن أخذ من جنس الدّين فهو اقتضاءٌ، وإن أخذ من غير جنسه فهو بيعٌ، فهذا ممّا يحتمل أن يراد به البيع والاقتضاء، وهو قوله:

وغير عينٍ بعده من سلف خذ فيه من معجّلٍ ما تصطفي

وإن كان من سلمٍ أي بيعٍ فقال فيه:

وإن يكن من سلمٍ بعد الأمد فالوصف فيه السّمح جائزٌ فقد

فأخبر أنّه يجوز السّمح في الصّفة بحيث يأخذ أدنى صفة ممّا له عليه، وهذا من الاقتضاء - والله أعلم - لأنّ الوصف إنّما يصحّ ذكره إذا كان القضاء من جنس الدّين. وقد ذكر النّاظم اشتراط حلول الأجل في هذه الأبيات ثلاث مرّات اعتناءً به الأوّل: قوله: مع بلوغٍ أجلاً الثّانية: قوله: وغير عينٍ بعده أي بعد الأجل. الثّالثةً: قوله: بعد الأمد. هذا حاصل هذه الأبيات الخمسة، لكن باعتبار ما هو اقتضاء دينٍ أو بيعٍ، وأمّا شرحها فيأتي - إن شاء الله - على أنّ النّاظم قدّم الكلام على جواز بيع الدّين وصرفه قوله:

بما يجوز البيع بيع الدّين مسوّغٌ من عرضٍ أو من عين

كما تقدّم شرحه في محلّه، إلاّ أنّ فيه إجمالاً وكأنّه ترجمةٌ، وما هنا تفسيرٌ له، وأفاد هنا زيادةً على ما شمل قوله: بما يجوز البيع بيع الدّين البيت أنّه يشترط في صرف الدّين حلول الأجل، لقوله هنا: مع بلوغٍ أجلاً ويفهم منه أنّه لا يشترط حلول الأجل في غير الصّرف من أنواع بيع الدّين، فيجوز بيع الدّين العين قبل حلوله بعرضٍ معجّلٍ، ويجوز بيع العرض المؤجّل بعرضٍ أو عينٍ حالٍّ، وأفاد فيما تقدّم أنّه يشترط حضور المدين وإقراره. وأمّا اشتراط تعجيل ما يباع به الدّين، فقد صرّح به فيما تقدّم في قوله: «وتعجيل الثّمن» وهنا في قوله: «وما تشاؤه إن عجّلا»، وفي قوله: «خذ من معجّلٍ» ويأتي بقيّة الكلام مع ألفاظ النّاظم - رحمه الله - ثمّ اعلم أنّ الصّور العقليّة المتصوّرة في اقتضاء الدّين الاقتضاء الحقيقيّ الّذي هو الأخذ من جنس الدّين أربعٌ وعشرون صورةً بيانها: أنّ الدّين إمّا عينٌ أو

عرضٌ، ويندرج في العرض، الطّعام لأنّ المراد بالعرض ما يقابل العين، وكلٌّ منهما إمّا من بيعٍ أو من قرضٍ فهذه أربعة أوجه في كلٍّ منها، إمّا أن يكون حالاً، أو مؤجّلاً ولم يحلّ أجله، فهذه ثمانية أوجه والحالّ يشمل الحالّ ابتداءً، وما حلّ أجله وقت الاقتضاء بعد أن كان مؤجّلاً، والحكم فيهما واحدٌ ثمّ القضاء، في هذه الأوجه الثّمانية إمّا بمثل الدّين جنسًا وصفةً ومقدارًا، وإمّا بأقلّ قدرًا أو صفةً، وإمّا بأكثر قدرًا أو صفةً، مع اتّحاد الجنس أيضًا فيهما، فإذا ضربت أحوال القضاء الثّلاثة في الأوجه الثّمانية المتقدّمة، بلغت أربعًا وعشرين صورةً، هذا بيان عدد صور الاقتضاء في الجملة، فيما بين جائزٍ وممنوعٍ. وأمّا بيان الجائز من غيره، فاعلم أنّه إن وقع الاقتضاء بمثل الدّين؛ فالصّور ثمانٍ كما تقدّم، لأنّ الدّين إمّا من بيعٍ أو من قرضٍ، وفي كلٍّ منهما إمّا أن يكون الدّين عينًا أو عرضًا، فهذه أربع صورٍ في كلٍّ منهما إمّا أن يكون حالاً أو غير حالٍّ، وكلّها جائزةٌ، وتدخل كلّها في قول الشّيخ خليلٍ: «وقضاء قرضٍ بمساوٍ»، ثمّ قال: «وثمن المبيع من العين كذلك». فيدخل في قضاء القرض أربع صورٍ، كون الدّين عينًا أو عرضًا وفي كلٍّ منهما، إمّا حالٌّ أو مؤجّلٌ لم يحلّ، ويدخل في ثمن المبيع أربع صورٍ كذلك. وإذا كان القضاء بالمثل كما هو الفرض فلا فرق في ثمن المبيع بين أن يكون عينًا أو عرضًا، وإن وقع الاقتضاء بأقلّ صفةً أو قدرًا، فإن كان الدّين حالاً؛ جازت أربع صورٍ، وهي كون الدّين عينًا أو عرضًا في كلٍّ منهما، إمّا من بيعٍ، أو من قرضٍ، وذلك حسن اقتضاء وتدخل هذه الأربع في قول الشّيخ خليلٍ: وإن حلّ الأجل صفةً أو قدرًا، وإن كان الدّين غير حالٍّ، منعت هذه الأربع المذكورة؛ لما فيه من ضع، وتعجّل المؤدّي إلى سلف جرّ نفعًا، لأنّ المعجّل لما في الذّمّة مسلّفٌ على المشهور، فقد سلّف حيث عجّل قبل الأجل، وانتفع بدفع قليلٍ في كثيرٍ، أو أردأ عن أفضل، وتخرج هذه الصّور الأربع الممنوعة من مفهوم الشّرط في قول الشّيخ خليلٍ: وإن حلّ الأجل بأقلّ صفةً أو قدرًا إذ مفهومه أنّه إذا لم يحلّ لم يجز، وهو كذلك وإن وقع الاقتضاء بأكثر قدرًا أو أفضل صفةً؛ فالصّور ثمان أيضًا فإن كان الدّين عينًا من بيعٍ جاز القضاء بأكثر قدرًا أو أفضل صفةً، حلّ الأجل أو لم يحلّ، وإليه أشار الشّيخ بقوله: «وثمن المبيع من العين». كذلك وجاز بأكثر وإن كان عرضًا من بيعٍ أيضًا، جاز القضاء بأكثر وأفضل صفةً إن حلّ الأجل، ولا يجوز قبل حلوله قال في آخر باب السّلم: «وجاز قبل زمانه قبول صفته فقط». إذ مفهومه أنّه بعد زمانه، أي بعد حلوله يجوز بأكثر وبأفضل، فهذه أربع صورٍ عينٌ من بيعٍ حلّ أو لم يحلّ، عرضٌ من بيعٍ حلّ أو لم يحلّ، وإن كان الدّين من قرضٍ؛ لم يجز بأكثر قدرًا عرضًا كان الدّين أو عينًا، حلّ أو لم يحلّ، وهذه أربعٌ أيضًا، وإليها أشار الشّيخ خليلٌ بقوله: «لا أزيد عددًا أو وزنًا» ويجوز بأفضل صفةً وإن لم يحلّ لقوله: «وقضاء قرضٍ بمساوٍ أفضل صفةً». والنّاظم قسّم المسألة إلى الاقتضاء، قبل الأجل، وإلى الاقتضاء بعد الأجل، ثمّ نوّع ما بعد الأجل إلى كون الدّين عينًا أو عرضًا، ثمّ نوّع العرض

إلى كونه من سلف أو بيعٍ، وتقسيمه هذا يرجع إلى التّقسيم المذكور. أوّلاً، لأنّ الدّين المقتضى قبل حلول أجله، إمّا أن يكون عينًا أو عرضًا، وفي كلا الوجهين، إمّا أن يكون ترتّب من بيعٍ أو قرضٍ، فهذه أربعة أوجه، وفي كلٍّ من الأربعة إمّا أن يقع الاقتضاء بمثل الدّين صفةً مقدارًا، أو بأكثر قدرًا أو أفضلَ صفةً، أو بأقلّ قدرًا وصفةً، فهذه اثنتا عشرة صورةً قبل الأجل ويتصوّر مثلها بعد الأجل، هذا كلّه في الاقتضاء الحقيقيّ، الّذي هو من جنس الدّين والنّاظم تكلّم على ما هو أعمّ من الاقتضاء وبيع الدّين - كما بيّنّاه أوّل شرح هذه الأبيات - وصرّح بجواز صورةٍ واحدةٍ من صور الاقتضاء قبل الأجل، وبجواز أربع صورٍ من صور الاقتضاء بعد الأجل، كما يؤخذ ذلك من كلامه ويأتي بيانه - إن شاء اللّه - في شرح ألفاظ النّظم:

وإذ فرغنا من الكلام على اقتضاء الدّين في الجملة؛ فلنرجع الآن إلى ألفاظ النّظم فقوله: والاقتضاء للدّيون مختلف البيتين يعني أنّ اقتضاء الدّيون مختلفٌ حكمه، فمنه جائزٌ، ومنه ممنوعٌ. ويحتمل أنّ المراد مختلفٌ وصفه، فمنه بمثل الدّين، ومنه بأقلّ، ومنه بأكثر ويؤيّد الاحتمال الأوّل، أنّه جعل الّذي لا يختلف هو الحكم حيث قال: والحكم قبل أجلٍ لا يختلف وهو مقابلٌ لقوله: «مختلف» فالمختلف إذًا هو الحكم - واللّه أعلم - وذلك لأنّ المقضيّ إن كان مماثلاً للمقتضى عنه من كلّ وجهٍ فهو جائزٌ، وإن كان بأقلّ قدرًا أو صفةً أو بأفضل صفةً أو قدرًا، ففيه ما هو جائزٌ وما هو ممنوعٌ كما تقدّم. ويأتي قوله: والحكم قبل أجلٍ لا يختلف والمثل مطلوبٌ وذو اعتبار في الجنس والصّفة والمقدار يعني أنّ الدّين الّذي يراد قضاؤه، وإن كان مؤجّلاً ولم يحلّ أجله، فإنّ حكم اقتضائه لا يختلف بالجواز. والمنع، بل هو جائزٌ مطلقًا لكن في هذه الحالة وهي حيث يماثل هذا الدّين المقضيّ في الجنس والصّفة والمقدار، وإذا ماثله فيما ذكر فلا فرق بين أن يكون من بيعٍ أو قرضٍ كان عينًا، أو عرضًا حلّ الأجل أو لم يحلّ، ثمان صورٍ كلّها جائزةٌ، داخلةٌ في قوله: والحكم قبل أجلٍ لا يختلف والمثل مطلوبٌ وذو اعتبار. . . إلخ وكأنّه إنّما قيّده بقبل الأجل ليقابل به ما بعد الأجل المذكور في قوله: والعين فيه مع بلوغ أجلا وفي قوله: «وغير عينٍ بعده» أي بعد الأجل، وفي قوله: «بعد الأمد». وفهم من قوله: والمثل مطلوبٌ وذو اعتبار. . . إلخ أنّه إذا قضى قبل الأجل بغير المثل، بل بأقلّ صفةً أو قدرًا، أو بأكثر صفةً أو قدرًا، لا يكون جائزًا مطلقًا، بل منه جائزٌ ومنه ممنوعٌ، كما تقدّم في التّقسيم. قوله:

والعين فيه مع بلوغ أجلا صرفٌ وما تشاؤه إن عجّلا

هذا شروعٌ في القسم الثّاني، وهو الاقتضاء بعد حلول الأجل، وتقدّم في التّقسيم أنّه يتنوّع إلى اثني عشر وجهًا باعتبار الاقتضاء الحقيقيّ، وإنّ النّاظم تكلّم على ما هو أعمّ، وأنّه نوّع الاقتضاء بعد الأجل، إلى كون الدّين عينًا أو عرضًا، ونوّع العرض إلى كونه من

سلف، أو بيعٍ، فأخبر في هذا البيت أنّ الدّين إذا كـان عينًا ذهبًا، أو فضّةً، وحلّ أجله ثمّ قضى عنه عينًا مخالفًا لجنس الـدّين، بحيث قضى ذهبًا عن ورق، أو ورقًا عن ذهب؛ فإنّ ذلك صرفٌ وهو جائزٌ في فرضنا من كون الاقـتضاء بعد حلول أجل الدّين، لأنّ صرف ما في الذّمّة جائزٌ بشـرط الحلول، فقوله: «صرفٌ» هو على حذف الصّـفة، أي جائزٌ. ودليل حذفهـا قوله: «مع بلوغ أجلا» ولأنّ الاسم عند الإطلاق يحمل على الكامل من مـسمّاه، وفهم من قوله مع بلوغ أجـلا أنّه إذا لم يحلّ ممنوعٌ وهو كذلك لأنّه صرفٌ بتأخيـر فقوله: «والعين فيه» الضّمير للعين أي وقضاء العين عن العين، ففي بمعنى عن، والعين الأوّل - هو المدفوع قضاءً، والثّاني المكنّى عنه بالضّمير من المترتّب في الذّمّة بدليل مقابلـته بقوله وغير عين بعده من سلف... إلخ لأنّ التّفصيل فـيما هو من سلف أو بيعٍ، إنّما هو في المترتّب في الذّمّة قطعًا، وفهم من إطلاقه في العين المـترتّب في الذّمّة، أنّه لا فرق في كونه من بيعٍ أو سلف، وهو كذلك، وقوله: «وما تشاؤه إن عجّلا». يعني أنّه يجوز أن يقضى عن الدّين العين منّ غير العين، ممّا يشاؤه المتعاملان، بشرط تعجيل ذلك المقضيّ؛ لئلا يكون فسخ دينٍ في دينٍ، فيجوز أن تقضي عن العين ثوبًا، وعن الثّوب الحرير ثوب كتّانٍ مثلاً ونحو ذلك، بشـرط أن يعجّل ذلك المقـضيّ أيضًا. وقـد اشتـمل هذا البيت على مسألتين من المسـائل الأربع، الّتي ذكـر في الاقتـضاء بعـد الأجل الأولى: من صـرف الدّين والثّانيـة: من بيع الدّين، على أنّ صرف الدّين هو بيعٌ له أيضًا، وقوله:

وغـــيـــر عينٍ بـعـــده من سـلـف   خـذ فـيه من مـعـجّلٍ مـا تصطفي

تقدّم أنّ هذا البيت يحتمل أن يكون المراد به، أنّ القضاء وقع بغير الجنس، فيكون من بيع الدّين، يحتمل أنّه من الجنس؛ فيكون اقتضاءً حـقيقيًا، وعلى الثّاني فالمراد أنّ الدّين إذا كان غير عينٍ، بل كان عرضًا أو طعامًا، وكان هذا الدّين ترتّب من سلف إحسانٍ وتوسعة، لا من ثمن مبيعٍ، فإنّه يجوز قضاؤه بما شاءه المسـلّف والمتسلّف معًا، واتّفقا عليه، وإن كان النّاظم إنّما خاطب المسلّف فقط بقوله: «خذ» فيجوز أن يعطيه أقلّ من الدّين قدرًا أو صفةً، لكن إذا كـان الدّين حالاً، لا يجـوز ذلك قـبل حلول الأجل، لما فـيه من ضع وتعـجّل، ويجوز بأفضل صفةً حلّ أو لم يحلّ، ولا يجوز بأكثر قدرًا حلّ الأجل أو لم يحلّ. فقوله: «ما تصطفي» يعني كـما ذكرنا إمّا من مثل دينك ولا إشكال، أو أقلّ منه صـفةً أو قدرًا إن حلّ الأجل، أو أفضل صفـةً حلّ الأجل أو لا، والمأخوذ معجّلٌ في جمـيع الصّور لقوله: «من معجّـلٍ» وعلى الاحتمال الأوّل، وأنّه من بيع الدّين فـمعناه خذ ما شـئت ممّا يخالف دينك في الجنس، وإذا اختلفا في الجنس؛ فـلا عليك في المقدار والأجل - والله أعلم -، وقوله: «وإن يكن من سلمٍ» هو مـقابل قوله في البيـت قبله: «من سلف» ويعني أنّ الدّين الّذي أريد قضـاؤه إذا كان ترتّب من بيعٍ وعنه عبّـر بالسّلم لأنّ المسلم - بالكسر - مشـترٍ،

والمسلم إليه بائعٌ، والسّلم بيعٌ بالمعنى الأعمّ، ولا فرق بين تقديم الثّمن وتأخير المثمون وهو السّلم، وبين تقديم المثمون وتأخير الثّمن وهو البيع المعروف، إذا تأخّر ثمنه فأحد العوضين دينٌ في الذّمّة. أمّا الثّمن في البيع فهـو في ذمّة المشتري، أو المثمون(١٠٣) في السّلم، فهو دينٌ في ذمّة البائع، فقوله وإن يكن من سلمٍ بعـد الأمد البيت يعني فإذا كان الدّين من بيعٍ - كما ذكر - وهو عرضٌ، فإن حلّ الأجل؛ جاز بأقلّ قـدرًا أو صفةً؛ لأنّه حسن اقتضاء، وإن لم يحلّ لم يجز؛ لما فيه من: ضع وتعجّل، ويجوز القضاء بأكثر قدرًا أو أفضل صفةً، إن حلّ الأجل، ولا يجـوز ذلك قبل حلول الأجـل، لما فيـه من: حطّ الضّمـان وأزيدك، وقول النّاظم: فـالوصف فيه السّمح جـائزٌ فقد شرحـه الشّارح على ظاهره، ولفظه: «وإن كان الدّين من سلمٍ»، وقد حلّ الأجل أيضًا، فإنّه يجـوز أن يتسامح فيه الطّالب للغريم في الوصف خاصّةً، كأن يكون في ذمّته قـمحٌ من الجنس الطّيّب، أو حريرٌ كذلك، فيأخذه منه من الوسط وإنّما لم يجـز ذلك قبل الأجل؛ لما فيـه من خشيـة ضع وتعجّل ا هـ. ولم أره نقل هنا مـا يوافق ما شـرح به، بل نقل ما يوافق مـا ذكرنا، ومن أنّه إذا حلّ الأجـل جاز السّمح في القدر وفي الصّـفة، لا في الوصف فقط، كما شـرح به كلام المؤلّف ولفظه عن النّوادر وقـال عبـد الملك: وإذا حلّ له الدّين وليس بذهبٍ أو فـضّةٍ؛ جاز أخـذك أرفع أو أدنى، أو أكثر أو أقلّ من صنفـه أو من غير صنفه ا هـ. محلّ الحـاجة ولا يصحّ أن يحمل كلام النّاظم على أنّ السّـمح وقع هو المطلوب، فأعطى أفضل ممّا عليه؛ لأنّ السّـمح حينئذٍ جائزٌ أيضًا في الصّفة والقدر معًا كما تقدّم، فلا يلتئم مع قول النّاظم: فالوصف فيه السّمح جائزٌ فقد لأنّ «قد» اسمٌ بمعنى حسب راجعٌ للوصف، فهو تصريحٌ بأنّه بما يجوز السّمح في الوصف فقط، سواءٌ جعلنا السّـمح من قبل الطّالب، أو المطلوب، مع أنّ المنصوص أنّه إذا حلّ الأجل، جاز السّمح بالقدر والصّفة من قبل الطّالب، إذا أخذ أقلّ قدرًا أو أدنى صفةً، ومن قبل المطلوب أعطي أكثر قدرًا أو أفضل صفةً، واللّه أعلم.

فرعٌ: ومن المجمـوعة قال ابن القاسم، عن مـالك: ومن له دنانير دينًا فلا يأخـذ قبل الأجل بعضها، ويأخذ بباقيها عرضًا فـيصير بيعًا وسلفًا، وعرضًا وذهبًا بذهبٍ، وإن كانت قيمة العرض دون ما أخذه به دخله مع ذلك - ضع وتعجّل.

فرعٌ: من المجمـوعة أيضًا قال أشـهب وإذا كان لك عرضٌ من بيعٍ إلى أجلٍ «فـعجّله لك»، فإن لم يكن أجود ولا أردأ فجائزٌ وإن كان مثله، ولكن لم يعـجّله حتّى أعطيته شيئًا

(ص): ويقتضى الدين من الدين وفي. إلى آخر الأبيات الاثني عشر الكلام أيضًا في المقاصة طويل وصعب، والشيخ بهرام لم يجد في تأليـفها، والدينان في المقاصة تارة يكونان من بيع وتارة من قرض، وتارة أحـدهما من قرض والآخـر من بيع، وهما تارة يكونان عينًا وتارة طعـامًا وتارة

(١٠٣) المثمون: أي ذي الثمن أو المدفوع ثمنه.

أو أعطاك شيئًا، ولو نفعًا بخطرة أو كلمة فـلا يجوز؛ لأنّه منك وضيعةٌ على تعجيل حقٍّ، ومنه طرح ضمـان بزيادة ا هـ. على نقلٍ الشّارح في هذا الفـرع والّذي قبله والمقـصود منه قوله: وإن كان مثلَه، ولكن لم يعجّله إلخ وأمّا ما قبله فقد تقدّم.

ويقـتـضى الدّين من الـدّين وفي ... عينٍ وعـرضٍ وطعـامٍ قـد يفي

فـمـا يكـونان به عـينًا إلى ... مماثلٍ وذي اخـتـلافٍ فـصّـلا

فـمـا اخـتـلافٌ وحلولٌ عـمّـه ... يجـوز فـيـه صـرف مـا في الذّمّـه

وفـي تـأخّـر الّذي يمـاثـل ... مـا كـان أشـهب بمنعٍ قـائل

وفي اللّـذين في الحلـول اتّفـقـا ... على جـواز الانتـصـاف اتّفـقـا

تكلّم في هذه الأبيات وما بعدها إلى تمام اثني عشر بيتًا على المقاصّة، وصورتها: أن يكون لك دينٌ على إنسان وله عليك دينٌ مثله، فتتـرك ما لك عليه في مقابلة ما له عليك، وهو كذلك يتـرك ما له عليك في مقابلة مـا لك عليه. قال ابن عـرفة: المقـاصّة متـاركة

عوضًا، فالعين تجوز فيها المقاصة مطلقًا إن اتفق الدينان قدرًا أو صفة كانا من بيع أو من قرض، أو منهمـا كانا حـالين أو مؤجلين، أو أحـدهما حالاً والآخـر مؤجـلاً، اتفق أجلهمـا أم لا إن كانا مؤجلين هذا مذهب ابن القاسم، والمسألة فيهـا خلاف، ويلزم من اتحاد الصفة اتحاد النوع كما هو حتى في شروح المتن وذلك صحيح، وإن اختلفا في الصـفة مع اتحاد النوع كمحمدية ويزيدية، أو مع اختلافه كدراهم ودنانير واتفقا في الحلول فالجواز أيضًا كانا من بيع أو من قرض أو منهما وهو كذلك وإن لم يحل الدينان بأن حلّ أحدهمـا فقط أو كانا مؤجلين فالمنع هو الذي يظهـر رجحانه أيضًا من كـلامهم، وفي المسألة خـلاف أيضًا، وإن اختلـفا في الوزن أو القدر في القـرض فالمنع مطلقًا بلا تفـصيل وفي البيع كذلك عـلى ظاهر كلام ابن شاس ومن وافقـه فإنه أطلق في ذلك، فظاهره كانا من بيع أو من قرض أو منـهما حلا أم لا أو أحدهما، لكن في المسـألة خلاف قوي، قف على الشرح فـيه ولا بدّ ولا بدّ إن أردت الاحتـياط فإن بعـضهم انتقـد هذا الذي نسبناه لابن شاس ومن تبعه، وفصل في ذلك تفصيلاً يطول جـلبه، واكتفينا بكلام ابن شاس ومن وافقه، وإن أردت أن تنظره فهو في الشـرح، وأما إن كان الدينان من طعام فهو على تفصـيل العين المتقدم من غير زيد ولا نقص، وهذا إن كان الطعامان من قرض إما أن كانا من بيع فالمنع مطلقًا بلا تفصيل، وإن كانا من قرض ومن بيع فالجواز بشرطين: الاتـفاق في الصفة والاتفاق في الحلول، لا إن كانا مؤجلين أو أحدهما على ما رجحه من حقق النظر في المسألة وفي الشيخ منع المقاصة في المختلفين قدرًا مطلقًـا كانا من بيع أو من قرض أو منهـما حلا أو أحدهـما أم لا، وإن كانا عرضين واتفـقا جنسًا وصفة فالجواز مطلقًا، ولا فرق في هذا بين ما هو من بيع أو من قرض أو منهما وإن اختلفا في الأول وهو الجنس، ويلزم منه الاختلاف في الصفة جازت المقاصة أيضًا مع اتفاق الأجلين ومع

بمطلوب بمماثل صنف ما عليه لما له على طالبه فيما ذكر عليهما ماليًا فقوله: متاركةٌ مفاعلةٌ من الجانبين؛ لأنّ كلّ واحد ترك الطّلب؛ لوصوله إلى حقّه بما في ذمّته وقوله: «بمماثل» متعلّقٌ بمطلوب، «ولما له» متعلّقٌ «بمماثل»، «وعلى طالبه» يتعلّق بالصّلة، وقوله: بمماثل صنف من إضافة الصّفة إلى الموصوف، أي بنصف ما عليه المماثل لما له هو، أي المطلوب على طالبه، وأخرج به المختلفين جنسًا أو نوعًا، فإنّ المقاصّة لا تصحّ في ذلك. وقوله: «فيما ذكر عليهما» يتعلّق «بمتاركة» أخرج به المتاركة في غير المذكور، وقوله: «ماليًّا» أخرج به متاركة رجل رجلاً طلب حدّ صاحبه، وقد قذف كلّ واحد منهما صاحبه. وقد صوّر الشّيخ ابن غازيٍّ في حاشيته على المدوّنة المسمّاة «بتكميل التّقييد وتحليل التّعقيد» في المقاصّة مائةً وثمانيًا من الصّور، وبيانها: أنّ الدّينين إمّا أن يكونا عينين، أو طعامين، أو عرضين، وكلٌّ منهما إمّا أن يترتّب من بيعٍ، أو من قرضٍ، أو أحدهما من بيعٍ والآخر من قرضٍ. فهذه تسع صور، وفي كلٍّ منها أنّ يتّفقا في الجنس والقدر والصّفة، أو يختلفا في الجنس أو في القدر فقط، أو في الصّفة فقط مع اتّحاد الجنس فيهما، فإذا ضربت هذه الوجوه الأربعة في التّسعة قبلها؛ بلغت ستًّا وثلاثين، وفي كلٍّ من هذه السّتّ والثّلاثين إمّا أن يكونا - أي

حلولهما معًا لا غير، وإن اختلفا في الصفة دون الجنس فالجواز مع اتفاق الأجلين أو حلولهما أيضًا لا غير، وفي التوضيح في ضابط العرضين ما ملخصه: فإن كانا من بيع وكان الحال أو الأقرب حلولاً أكثر أو أجود امتنع لأنه حط الضمان وأزيدك وإن كان أدنى أو أقل امتنع لأنه ضع وتعجل فإن كان من قرض والأقرب حلولاً أو الحال أدنى أو أقل امتنع لأنه ضع وتعجل، وإن كانا أجود جاز إذ لا ضمان في القرض وإن كانا أكثر عدد امتنع لأن زيادة في القرض وهو مكروه في المجلس قاله في النكت، ويدخل فيه الخلاف لتقدم فيمن رد في القرض أكثر عددًا، وإن كان أحدهما من قرض والآخر من بيع فأجره على القسمين السابقين إلخ. وقد قدمنا في الاقتضاء أن ضع وتعجل يكون في السلف والبيع وحط الضمان وأزيدك إنما يكون في العرض من بيع لا غير وضع وتعجل وحط الضمان وأزيدك إنما يكونان في الجنس الواحد إلخ. وهذا عليه يكون العمل وهو أمر ظاهر معلل، وفي ابن الناظم في العرضين المقاصة جائزة إن كان حالين أو مؤجلين بأجل واحد، وإن اختلفا فالمنع كان ذلك من قرض أو بيع في العين والعرض الحكم في ذلك واحد، وقد لفقنا في هذا أيضًا أبياتًا بما نصّه:

أجز قصاصًا في نسيئك اتحد ... قدرًا ووصفًا مطلقًا كيف ورد

كذا اختلاف صفة إن حلا ... كل من العينين حكم يتلى

والمنع مطلقًا في قدر اختلف ... وانتقد الأخير بعض من عرف

ومثل عين الطعام من سلف ... بلا تفرق في كل ما سلف

وامنعه من بيع بلا قيد يرى ... منه ومن عرض أبح بلا امترا

الدّينان - حالّين، أو مؤجّلين، أو أحدهما حالٌّ والآخر مؤجّلٌ، فهذه ثلاثة أوجه، إذا ضربت في السّتّ والثّلاثين؛ بلغت مائةً وثمانيةً من الصّور، قال مقيّدٌ: هذا الشّرح - سمح اللّه - له وقد كنت جمعت هذا التّقسيم الّذي في المقاصّة في أبياتٍ وهي هذه:

دين المقاصّة لعينٍ ينقسم ... وبطعامٍ وبعرضٍ قد علم

وكلّها من قرضٍ أو بيعٍ ورد ... أو من كليهما فذي تسعٌ تعد

في كلّها يحصل الاتّفاق في ... جنسٍ وقدر صفةٍ فلتقتفي

أو كلّها مختلفٌ فهي إذن ... أربع حالاتٍ بتسعٍ فاضربن

يخرج ستٌّ مع ثلاثين نعم ... تضرب في أحوال آجالٍ تؤم

حلا معًا أو واحدٌ أو لا معا ... جملتها حقٌّ كما قبل اسمعا

تكميل تقييد ابن غازيٍّ اختصرا ... أحكامها في جدولٍ فلينظرا

قوله: وفي عينٍ وعرضٍ وطعامٍ قد يفي إشارةٌ إلى أنّ الدّينين في المقاصّة، إمّا عينان، أو عرضان، أو طعامان، فإن كانا عينين - وعليهما تكلّم في هذه الأبيات الخمسة - فإمّا متماثلان ذهبٌ وذهبٌ، أو فضّةٌ وفضّةٌ، أو مختلفان جنسًا كذهبٍ وفضّةٍ، أو صفةً كدنانير محمّديّةٍ ويزيديّةٍ، فإن كانا مختلفين جنسًا أو صفةً وهما حالّان؛ جازت المقاصّة وذلك في المختلفين جنسًا من صرف ما في الذّمّة، وإلى ذلك أشار بقوله:

فما يكونا به عينًا إلى ... مماثلٍ وذي اختلافٍ فصّلا

فما اختلافٌ وحلولٌ عمّه ... يجوز فيه صرف ما في الذّمّه

أن حل كل مع وصف اتفق ... في قوله رجحها من قد سبق

ثم اختلاف جنس عرض أو صفة ... يبيحه حلول كل فاعرفه

أو وفقه ووفق جنس مع صفات فمطلقا ... يبيح من غير التفات لكون ذا

في القرض أو بيع عرف ... أو منهما وعدد لن يختلف

وقولنا لن يختلف والصور كثيرة، وقد أنهاها الشارح إلى مائة وثمانية وذلك فقط كلمة حق وذلك ظاهر سهل ولذلك لم نطل به، إذ المراد أعيان الفروع وحكمها في نفسها فافهم هذا واعلم بأن المقاصة صعبة غاية، ومن وقف على كلام الناس في الشرح واختلافهم في هذه المسائل وتعليلات كثيرة رأى من ذلك ما يدهشه، وربما يعجز عن تحصيل ذلك وفهمه، ولكن ما سطرناه ونظمناه تبعنا فيه غيرنا ممّن يوثق بكلامه والله المعين، وتتبع كلام الشارح يطول بنا.

فلفظة: «ما» من قوله فما يكونا موصولةٌ، صفةٌ لمبتدأ محذوف، أي فالوجه الّذي يكون الدّينان فيه عينًا، وضمير التّثنية للدّينين، وباء به ظرفيّةٌ، وضميرها يعود على ما وقعت عليه ما وإلى مماثلٍ يتعلّق «بفصّل»، وجملة فصّلا خبر ما ونائبها للعائد على ما هو الرّابط لجملة الخبر بالمبتدأ، وذي عطف على مماثلٍ، «وما» أوّل البيت الثّاني موصولةٌ أيضًا كالأوّل، «واختلافٌ» فاعلٌ بفعلٍ محذوف يفسّره، «عمّه»، ومفهوم قوله: «وحلولٌ عمّه» أنّه إذا لم يعمّهما الحلول، بأن كانا مؤجّلين، أو كان أحدهما حالاً، والآخر مؤجّلاً، فإنّ المقاصّة لا تجوز وهو كذلك. وإن كان الدّينان من جنسٍ واحد، والمسألة بحالها من كون الدّينين معًا عينًا، كذهبٍ وذهب، أو فضّة وفضّة، فإن لم يحلّ واحدٌ منهما، أو حلّ أحدهما ولم يحلّ الآخر، فالمشهور جواز المقاصّة خلافًا لأشهب، وإلى ذلك أشار بقوله:

وفي تأخّر الّذي يماثل ما كان أشهب بمنعٍ قائل

ومفهوم نسبة المنع لأشهب، أنّ غيره وهو ابن القاسم يقول بالجواز، ولفظة: «ما» من قوله ما كان استفهاميّةٌ، أي إذا لم يحلا معًا فالمنع لأشهب كيف كان التّأخير، أي اتّفق الأجلان أو اختلفا، وفهم من قوله وفي تأخّرٍ أنّه حيث لا تأخّر، وذلك إذا حلا معًا، فإنّ المقاصّة جائزةٌ عند أشهب وغيره، وعلى ذلك نبّه بقوله:

وفي اللّذين في الحلول اتّفقا على جواز الانتصاف اتّفقا

وهو تصريحٌ بمفهوم قوله وفي تأخّر الّذي يماثل وقد اشتمل كلام النّاظم في هذه الأبيات الأربعة - بالنّظر إلى ظاهره - على أربع صورٍ من دين العين؛ لأنّ دين العينين إمّا مختلفان، كذهب وفضّة، أو متّفقان كذهبٍ وذهب، أو فضّة وفضّة، فهاتان صورتان، وفي كلٍّ منهما إمّا حالّان، أو غير حالّين، فهذه أربع صورٍ، وقد أشار بها إلى قول ابن سلمون: فإن كان الدّينان عينًا، فإن كان مال أحدهما دنانير ومال الآخر دراهم، فلا تجوز المقاصّةُ، إلاّ أن يكونا حالّين معًا؛ ليكون صرف ما في الذّمّة، وإن كانا مؤخّرين أو أحدهما فلا تجوز المقاصّة باتّفاق ا هـ. وإلى هاتين الصّورتين أشار النّاظم بالبيت الأوّل والثّاني ثمّ قال ابن سلمون: وإن كان ما لكلّ واحد منهما دنانير أو دراهم، فإن كانا حالّين جازت المقاصّة بلا خلافٍ وإن كانا مؤخّرين إلى أجلين متّفقين أو مختلفين أو أحدهما فأجازها ابن القاسم، ومنعها أشهب ا هـ. وإلى هاتين الصّورتين أشار النّاظم بقوله: وفي تأخّر الّذي يماثل البيتين، هذا باعتبار ظاهر اللّفظ، وأمّا في الحقيقة فالمقصود الكلام على جميع أقسام دين العين، فيكون قد اشتمل على صور النّقد السّتّ والثّلاثين سبعٌ وعشرون صورةً في المختلفين منها، وتسعٌ في المتّفقين؛ لأنّ ديني العين المختلفين إمّا أن يختلفا في القدر، كدينارٍ في ذمّة واحد، وديناري اثنين في ذمّة الآخر، أو يختلفا في الصّفة، كدراهم محمّديّةٍ وأخرى

يزيديّة، أو يختلفان في الجنس كدينار ودراهم فهذه ثلاثة أوجه، وكلٌّ منها إمّا من بيعٍ أو من قرضٍ، أو أحدهما من بيعٍ والآخر من قرضٍ، فهذه تسعةُ أوجه وفي كلٍّ منها إمّا أن يكون الدّينان حالّين أو مؤجّلين، أو أحدهما حالٌّ والآخر مؤجّلٌ. فهذه سبعةٌ وعشرون وجهًا، فالمختلفان في القدر كدينار في مقابلة دينارين، المقاصّة فيها ممنوعةٌ، كانا من بيعٍ أو قرضٍ، أو أحدهما من بيعٍ والآخر من قرضٍ، وفي كلٍّ من هذه الثّلاث إمّا حالاّن أو مؤجّلان، أو أحدهما حالٌّ والآخر مؤجّلٌ، المجموع تسع صور كلّها ممنوعةٌ، وأمّا المختلفان في الصّفة أو في الجنس فإن حلا جازت المقاصّة وإن لم يحلا أو حلّ أحدهما فقط، لم تجز وفي ذلك ثمان عشرة صورةً؛ لأنّ كلّ واحد منهما إمّا من بيعٍ أو من قرضٍ، أو أحدهما من بيعٍ والآخر من قرضٍ فهذه ستّ صور، ثلاثٌ في المختلفين صفةً، وثلاثٌ في المختلفين جنسًا، وفي كلٍّ من السّتّ إمّا حالاّن أو مؤجّلان، أو أحدهما حالٌّ والآخر مؤجّلٌ، فهذه ثمان عشرة صورةً مضافةً إلى التّسع قبلها، المجموع سبعٌ وعشرون صورةً. وأمّا الدّينان المتّفقان في الجنس والصّفة والقدر، فإمّا من بيعٍ أو من قرضٍ، أو أحدهما من بيعٍ والآخر من قرضٍ، فهذه ثلاث صور، وفي كلٍّ منها إمّا أن يكونا حالّين أو مؤجّلين، أو أحدهما حالٌّ والآخر مؤجّلٌ، فهذه تسع صور كلّها جائزةٌ على المشهور، خلافًا لأشهب، فيما لم يحلا معًا فقول النّاظم: فما اختلافٌ وحلولٌ عمّه يعني بالاختلاف، إمّا في الصّفة كمحمّديّة ويزيديّة، أو في الجنس كذهبٍ وفضّة وعلى الثّاني يصدق قوله: «صرف ما في الذّمّة»، ولو عبّر بما يشمل الصّرف والاختلاف في الصّفة لكان أولى، وتقدّم أنّ في ذلك ثمان عشرة صورةً، الجائز من ذلك ما كان الدّينان فيه حالّين معًا، وعلى ذلك نبّه بقوله: «وحلولٌ عمّه». وأمّا المختلفان في القدر، فالمقاصّة فيهما ممنوعةٌ كما تقدّم، وهي تسعٌ كما تقدّم - أيضًا - ووجه منعها ما في ذلك من التّفاضل في الجنس الواحد من العين، ولا تدخل هذه التّسع في قوله: فما اختلافٌ وحلولٌ عمّه لأنّ المراد به الاختلاف في الجنس أو الصّفة، فهو الّذي يفصّل فيه كما تقدّم، أمّا في القدر فممنوعٌ مطلقًا، وأمّا المتّفقان في الجنس والصّفة والقدر، وهي تسعٌ كما تقدّم قريبًا، فالحكم فيها الجواز اتّفاقًا في الحالين، لقوله:

وفي اللّذين في الحلول اتّفقا ... على جواز الاتّصاف اتّفقا

والجواز على المشهور في المؤجّلين معًا أو أحدهما، والمنع لأشهب وهو قوله:

وفي تأخّر الّذي يماثل ... ما كان أشهب بمنعٍ قائل

وقد اجتمع من الصّور ستٌّ وثلاثون، وتسعٌ في المختلفين جنسًا، وتسعٌ في المختلفين صفةً، وتسعٌ في المختلفين قدرًا، وتسعٌ في المتّفقين جنسًا. وصفةً وقدرًا.

وذاك في العرضين لا المثلين حل   بحيث حلا أو توافق الأجل

تكلّم في هذا البيت على ما إذا كان الدّينان عرضًا، وفي ذلك ستٌّ وثلاثون صورةً كما تقدّم؛ لأنّ العرضين إمّا أن يترتّبا من بيعٍ أو من قرضٍ، أو أحدهما من بيعٍ والآخر من قرضٍ، فهذه ثلاث صورٍ، وفي كلٍّ منهما إمّا أن يتّفقا في الجنس والصّفة والقدر، أو يختلفا في الجنس أو في الصّفة أو في القدر، فهذه اثنتا عشر صورةً، وفي كلٍّ منها إمّا أن يكونا حالّين أو مؤجّلين، أو أحدهما حالٌّ والآخر مؤجّلٌ؛ يجتمع ستٌّ وثلاثون صورةً، فأخبر في هذا البيت أنّ العرضين إذا كانا مختلفين، ولذلك قال: «لا المثلين» كما لو كان لأحدهما قبل الآخر ثوبٌ، وللآخر على صاحبه فرسٌ؛ فإنّ المقاصّة جائزةٌ، لكن إذا حلّ الدّينان معًا أو لم يحلا وأجلهما متّفقٌ، كأن يكون أجلهما معًا شهرًا مثلاً، سواءٌ اتّفقا على الشّهر ابتداءً أو كان أحدهما لشهرين، ومضى له شهرٌ ثمّ أوقعا المعاملة الثّانية لشهرٍ، فتجوز المقاصّة الآن؛ لاتّفاق باقي الأجلين، واللّه أعلم. وأشار بذلك لقول ابن سلمون: وإن كان ما لأحدهما قبل الآخر عرضًا، خلاف عرض صاحبه غير طعامٍ، فالمقاصّة جائزةٌ، إن كانا حالّين أو مؤخّرين إلى أجلٍ متّفقٍ، وإن كانا لأجلين مختلفين لم تجز المقاصّة، سواءٌ كان ذلك من قرضٍ أو بيعٍ في العين والعرض، والحكم في ذلك واحدٌ ا هـ. ومفهوم قوله حلا أو توافق الأجل، أنّهما إذا لم يحلا، ولكنّ أجلهما مختلفٌ، كأن يكون أحدهما لشهرٍ والآخر لشهرين، فإنّ المقاصّة لا تجوز الآن، وانظر الحكم إذا حلّ أحدهما هل تجوز المقاصّة الآن أم لا؟ وأمّا قبل حلول القريب منهما فلا تجوز؛ لكونهما لأجلين مختلفين، ويدخل في العرضين غير المثلين سبعٌ وعشرون صورةً؛ لأنّ الاختلاف إمّا في الجنس، أو في الصّفة، أو في القدر، وفي كلٍّ منهما إمّا من بيعٍ، أو من قرضٍ، أو أحدهما من بيعٍ والآخر من قرضٍ. فهذه تسع صورٍ، وفي كلٍّ منها إمّا حالاّن أو مؤجّلان، أو أحدهما حالٌّ والآخر مؤجّلٌ، فهذه سبعٌ وعشرون صورةً، الجائز منها ما كانا حالّين أو مؤجّلين لأجلٍ متّفقٍ، وفهم من قوله: «لا المثلين» أنّ العرضين إذا كانا متماثلين يعني في الجنس والصّفة والقدر فإنّ المقاصّة جائزةٌ مطلقًا لا يقيّد حلولهما، أو توافق أجلهما، بل تجوز سواءٌ كانا من بيعٍ أو من قرضٍ، أو أحدهما من بيعٍ والآخر من قرضٍ وسواءٌ حلا معًا أو لم يحلا، أو حلّ واحدٌ فقط، فالصّور التّسع كلّها جائزةٌ قال الشّيخ بهرام في فصل المقاصّة وتجوز في العرضين مطلقًا إن اتّفقا جنسًا وصفةً فقوله وذاك أي «المقاصّة» المعبّر عنها في البيت قبله «بالانتصاف»؛ ولذلك أتى باسم الإشارة مذكّرًا وحلّ أي جازٍ خبرٌ عن اسم الإشارة. ابن سلمون: وإن كان ما لأحدهما قبل الآخر عرضًا، خلاف عرض صاحبه غير طعامٍ، فالمقاصّة جائزةٌ، إن كانا حالّين أو مؤخّرين إلى أجلٍ متّفقٍ، وإن كانا لأجلين مختلفين لم تجز المقاصّة، سواءٌ كان ذلك من قرضٍ أو من بيعٍ في العين، والعرض، الحكم في ذلك واحدٌ.

وفي توافق الطّعامين اقتفي حيث يكونان معًا من سلف

وفي اختلاف لا يجوز إلاّ إن كان كلٌّ منهما قد حلا

تكلّم في البيتين والأربعة بعدهما على ما إذا كان الدّينان طعامًا، وتقدّم غير مرّة أنّ في ذلك ستًّا وثلاثين صورةً، وتعرّض في البيتين لما إذا كان الطّعامان من سلف، ويتصوّر فيه اثنتا عشرة صورةً؛ لأنّهما إمّا متّفقان في الجنس والصّفة والقدر، أو مختلفان في الجنس أو في الصّفة أو في القدر، فهذه أربع صور، مضروبة في أحوال الأجل الثّلاث باثني عشر، وحاصل البيتين أنّ الطّعامين من سلف إنْ كانا متّفقين فالمقاصّة جائزةٌ، حلا أو لم يحلا، أو حلّ أحدهما، وإن كانا مختلفين لا تجوز؛ إلاّ إذا حلا معًا، وكأنّه أشار بالبيتين لقول ابن سلمون: وإن كان الدّينان طعامًا من قرض وكانا متّفقين، مثل أن يكون لأحدهما على الآخر حنطةٌ سمراء، وللآخر مثلها فالمقاصّة جائزةٌ حالّين كانا أو مؤخّرين، أو أحدهما، وإن كان لأحدهما سمراء، وللآخر محمولةٌ لم تجز المقاصّة ا هـ. أن يكونا معًا حالّين فيكون بدلاً وإلاّ فلا ا هـ. ونحوه في الشّارح، وصرّح بأنّ الاتّفاق في البيت المراد به في الصّفة، وذلك يستلزم الاتّفاق وبالاتّفاق في الجنس، وكذا في القدر، لأنّ الاتّفاق إذا أطلق في المحلّ يراد به في الثّلاثة، وإذا فسّر الاتّفاق بالاتّفاق في الجنس والصّفة والقدر، فيفسّر مقابله وهو الاختلاف، بالاختلاف في الجنس أو في الصّفة أو القدر فتجوز المقاصّة، في أوجه الاختلاف، والثّلاثة إن حلا معًا ويزاد على اشتراط الحلول فيهما معًا في مسألة الاختلاف في القدر، أنّ محلّ الجواز إن كانت في مقدار الدّين لا في أكثر لمنع الزّيادة في القرض، واللّه أعلم ابن سلمون: وإن كان الدّينان طعامًا، فإمّا أن يكونا من قرضٍ أو من بيعٍ، أو أحدهما من قرضٍ والآخر من بيعٍ. فإن كانا من قرضٍ وكانا متّفقين، مثل أن يكون لأحدهما على الآخر حنطةً سمراء، وللآخر مثلها فالمقاصّة جائزةٌ، حالّين كانا أو مؤخّرين، أو أحدهما، وإن كان لأحدهما سمراء وللآخر محمولةٌ لم تجز المقاصّة، إلاّ أن يكونا معًا حالّين؛ فيكون بدلاً، وإلاّ فلا، وإن كانا من بيعٍ، فإن اختلفا أو اختلفت رءوس أموالهما، أو كانا مؤخّرين لأجلين مختلفين، لم تجز المقاصّة، إلاّ أن يكون الأجلان متّفقين، فمنع ابن القاسم المقاصّة، وأجاز أشهب.

وإن يكونا من مبيعٍ ووقع فيه بالإطلاق اختلافٌ امتنع

وفي اتّفاق أجلي ما اتّفقا هو لدى أشهب غير متّقى

تعرّض في البيتين لما إذا ترتّب الطّعامان من بيعٍ، وفي ذلك اثنتا عشرة صورةً، كالدّين من سلفٍ كما تقدّم قريبًا، والصّورة كلّها ممنوعةٌ على المشهور، فأشار النّاظم لمنع المقاصّة في الطّعامين المختلفين في جنسٍ أو صفةٍ، أو قدرٍ حلا أو لم يحلا، أو حلّ أحدهما،

بقوله: «وأن يكون من مبيعٍ» البيت، وعلى أوجه الاختلاف المذكور وأوجه الآجال، أشار بالإطلاق ويدخل في ذلك تسع صور، وأشار لحكم الصّور الثّلاث الباقية، وهي إذا اتّفق الطّعامان جنسًا وصفةً وقدرًا، ولم يحلّ أجلهما ولكنّ أجلهما متّفقٌ، وهو الجواز لأشهب؛ لأنّه قاله بقوله:

وفي اتّفاق أجلي ما اتّفقا   هو لدى أشهب غير متّقى

ومفهومه المنع لغيره، وهو مذهب ابن القاسم، وكذا يجوز عند أشهب إذا حلا معًا - والله أعلم -. ومفهومه أنّه إذا لم يحلا ولم يتّفق أجلهما فالمنع وهو كذلك، وتقدّم قول ابن سلمونٍ وإن كانا - أي الطّعامان - من بيعٍ، فإن اختلفا أو اختلفت رءوس أموالهما، أو كانا مؤخّرين لأجلين مختلفين لم تجز المقاصّة، إلاّ أن يكون الأجلان متّفقين، فمنع ابن القاسم المقاصّة، وأجازها أشهب ا هـ.

وشرط ما من سلفٍ وبيع   حلول كلٍّ واتّفاق النّوع

والخلف مع تأخّرٍ ما كانا   ثالثها من سلمٍ قد حانا

تعرّض في البيتين لما إذا ترتّب أحد الطّعامين من بيعٍ، والآخر من سلفٍ، وفي ذلك اثنتا عشرة صورةً أيضًا، لأنّ الطّعامين إمّا متّفقان جنسًا وصفةً وقدرًا، وإمّا مختلفان صفةً أو جنسًا أو مقدارًا، فهذه أربع صورٍ كلّ واحدةٍ إمّا مع حلول الأجل فيهما أو مع عدمه فيهما، أو مع حلول أحدهما فقط، وأخبر النّاظم في البيت الأوّل، أنّ شرط جواز المقاصّة فيما كانا من سلفٍ وبيعٍ حلول أجل كلٍّ منهما واتّفاقهما في النّوع، ومفهومه أنّ ما اختلّ فيه الشّرطان أو أحدهما لم تجز فيه المقاصّة، فإن اختلّ شرط اتّفاق النّوع لم تجز، قال الشّارح: «وذلك صحيحٌ» قلت: ولذلك اكتفي عنه بالمفهوم. وإن اختلّ شرط الحلول فيهما بأن كانا مؤجّلين، أو أحدهما فقط ففيه ثلاثة أقوال، الأوّل: المنع لابن القاسم تأخّر أجلاهما، أو تأخّر أجل القرض أو أجل السّلم الثّاني: لأشهب الجواز مطلقًا والثّالث: الجواز إن حلّ السّلم، والمنع إن لم يحلا معًا أو حلّ أجل القرض دون أجل السّلم، وعلى التّعميم في محلّ الخلاف بين أن يتأجّلا معًا. أو أحدهما، نبّه النّاظم بقوله: «ما كان»، أي سواءٌ كان التّأخير في واحدٍ أو في اثنين، ثالثها - تجوز المقاصّة إن حلّ أجل السّلم قال ابن سلمونٍ: وإن كان الدّينان طعامًا، وكانا من بيعٍ وقرضٍ، فإن لم يختلفا وكانا حالّين جازت المقاصّة، وإن اختلفا لم تجز بوجهٍ، وإن كانا مؤخّرين أو أحدهما فثلاثة أقوالٍ المنع لابن القاسم، والجواز لأشهب والثّالث - أنّه إن كان السّلم حالاً جازت وإلاّ فلا.

فصل في الحوالة

وامنع حـــوالةً بشيءٍ لم يحل ... وبـالّـذي حلّ بـإطلاقٍ أحـل

وبالرّضـا والعلم من محــال ... عليـه في المشهـور لا تبـال

ولا يجـوز أن يحــال إلاّ ... فيـمـا يجـانس لدينٍ حـلا

ولا تحل بأحد النّقدين في ... ثانيهما إلاّ إن القبض اقتفي

وفي طعامٍ مـا إحـالةٌ تـفي ... إلاّ إذا كـانا معًا من سلف

وفي اجتماع سلمٍ وقرض ... يشترط الحلول في ذي القبض

(ابن الحاجب) الحوالة نقل الدّين إلى ذمّة تبرأ به الأولى، وفي التّلقين الحوالة: تحويل الحقّ من ذمّة إلى ذمّة تبرأ به الأولى. التّوضيح: قال عياضٌ وغيره: هي مأخوذةٌ من التّحوّل منْ شيءٍ إلى شيءٍ؛ لأنّ الطّالب تحوّل من طلبه لغريمه إلى غريم غريمه وهي محمولةٌ على النّدبِ عند أكثرِ شيوخه، (وحملها بعضهم على الإباحة لمّا أشبهت) بيع الدّين اهـ، ولها شروطٌ.

أوّلها: أن يكون الدّين المحال به حالاً، فإن كان لم يحلّ لم تجز الإحالة وإذا كان حالا

فصل في الحوالة

(ص): وامنع حوالة بشيء لم يحل. إلى آخر الأبيات الستة. قوله: **(ابن الحاجب إلخ)** ابن عرفة قال ما نصّه: الحوالة طرح دين عن ذمّة بمثله في أخرى ولا ترد المقاصة إذ ليست طرحًا بمثله في أخرى لامتناع تعلق الدين بذمّة من هو له انتهى. قوله: **(وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت إلخ)** عبارة عياض في تنبيهاته هي قوله ما نصّه: والحوالة محمولة على الندب عند أكثر شيوخنا، وحملها بعضهم على الوجوب، وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت الدين بالدين ومن بيع العين بالعين غير يد بيد إلخ. وفي التوضيح عن الباجي أن الحوالة ليس حكمها حكم البيع وهي عنده من باب النقل، وذهب أهل الظاهر إلى الوجوب في القبول في الحوالة إلخ. وما ذكره عن الباجي انظر بيانه في الشرح فإنه كلام حق والعلم عند الله تعالى، والأمر بالقبول عورض بحديث المؤمنون عند شروطهم، وصاحب الحق شرط القبض من مدينه بحسب ظاهر المعاملة، ولذلك تردد وأهل القبول واجب أو مندوب أو مباح؟ وقوله: الظاهرية هو بشرط أن يكون المحال عليه مليًا كما في ابن الأثير.

قوله: **(أولها إلخ)** إنما كان شرط حلول المحال به لحديث: مطل الغني ظلم ومن أتبع فليتبع، والظلم في المطل إنما يكون مع حلول الدين، وحاصل ما ذكروه في حكم المطل أنه حرام

جازت الإحالة، سواءٌ حلّ الدّين المحال عليـه، أو لم يحلّ؛ وإليه أشار بقوله: وبالّذي حلّ بإطلاق أحلّ ومراده بإطلاق حلّ المحال عليه أو لا قال في التّوضيح: لأنّه إذا انحلّ على ما لم يحلّ؛ كان ذلك زيادةً في المعـروف ا هـ. أي وهو جائزٌ، وهذا في غير الطّعـامين، كما يأتي في الشّرط الرّابع أنّه لا بدّ من حلولهما معًـا إلاّ إن كانا من قرضٍ، وإن كان المحال به غير حالٍّ لم تجز الإحالة، وعليه نبّه بقوله: وامنع حوالةً بشيءٍ لم يحلّ الثّاني: رضا المحيل والمحال فقط، دون رضا المحـال عليه فلا يشترط على المشهور وقـد نبّه النّاظم على الشّرط بقوله: وبالرّضا والعلم البـيت، إذ يفهم من حكمه بعدم المبالاة برضا المحـال عليه، وعلمه أنّه يعتبـر رضا غيره وهو المحيل والمحـال، قال في التّوضيح: ولا خلاف في اشـتراط رضا المحيل؛ لأنّ الحقّ متعلّقٌ بذمّته، فلا يجبـر على أن يعطيه من ذمّة أخرى، وأمّا رضا المحال فهـو مبنيٌّ على مذهب الجمـهور، من عدم وجـوب قبول الحوالة، وأمّـا على مذهب أهل الظّاهر فلا؛ لوجوب ذلك عليه، وأمّا رضا المحال عليه فلا يشترط على المشهور وحكى ابن شعبان قولاً باشـتراط رضاه، والأوّل أظهر وعلى المشهور، (فيشـترط في ذلك السّلامة من العداوة) قاله مالكٌ: ا هـ. الثّالث: - أن يكون الدّين المحال به مثل الدّين المحال عليه، في القدر والصّفة، قال في التّوضيح: وهو أن يكونا مـتجانسين كذهبٍ وذهبٍ، وفضّة وفضّة، ولا تجوز الإحالة بذهبٍ على فضّةٍ، ولا العكس ومتـماثلين في العدد والصّفة ا هـ. أي فلا

بلا خلاف عند القدرة على الأداء، وفـيه كلام ذكرناه في الشرح، وحـديث من أتبع فليتبع الأول على وزن أرسل مبنيًا للمفعول، والثاني على وزن فليفرح من أتبعه إذا جعله تابعًا هكذا ضبطه ابن الأثير، أي من طلب منه أن يكون تابعًا فليتبع من تبع كعلم فافهم.

قوله: **(فيشترط في ذلك السلامة من العداوة إلخ)** قال ابن سلمون: ولا يشترط رضا المحال عليه عند جـميع العلمـاء، وكذلك لا يشتـرط علمه وحضـوره على المشهور اهـ. وفـيه نظر من وجهين: أحدهما أن الخلاف في رضا المحال عليـه، والثاني أن الراجح والمشهور هو شرط حضور المحال عليه لا كما قاله ابن سلمـون، وذلك المشهور الذي ذكره هو خلاف المذهب، وقد بيّنا ذلك في الشرح غاية، ومن تبع ابن سلمون لم يصب كائنًا من كان، وإنما لم يذكر الشيخ خليل المذهب هنا لأن هذا من بيع دين على غائب أو في حكمه، وقـد تقدم ذلك في قوله: ومنع بيع دين ميت وغائب إلخ. قوله الثالث أن يكون الدين المحال به إلخ، هذا هو قول المختصر عاطفًا على شروط صحة الحـوالة ما نصّه: وتساوي الدينين قدراً وصفـة، وفي تحوله على الأدنى تردد، وأن لا يكونا طعامين من بيع إلخ. وحاصل ما نقلناه على مسألة الطعـام من المقدمات إن كان الطعامان من بيع فالمنع مطلقًـا من غير قيـد أصلاً أي حلا أو لم يحلا، أو أحـدهما استوت رءوس أمـوالهما أم لا على مذهب ابن القاسم، وإن كـان أحدهما من بيع والآخر من قرض جازت الحـوالة إن حلا معًا عند ابن القاسم، وعند مالك وأصحابه لا يشترط إلاّ حلول المحال به كما إذا كان من قرض، قال ابن عرفة: واختار ما قاله مالك وأصحابه ابن يونس وقـال قبل هذا ما نصّه: وفيها طعامًا القرض

يجـوز أن يحيـل بدينارٍ على دينارين، ولا بالعكس، لأنّه ذهبٌ بـذهب متـفـاضلاً، وأمّـا الإحالة بدينـار على من لك عليه ديناران، على أن يأخـذ المحال من المحال عـليه دينارًا أو يترك الدّينار الآخر فهذا جائزٌ، ويجوز أن يحتال بالأعلى على الأدنى، كما لو كان له فضّةٌ محمّديّةٌ، فأحيل على يزيديّة، ولا يجـوز أخذ الأعلى عن الأدنى قال في التّوضيح: صرّح بذلك غير واحد، وإلى هذا الشّرط أشار بقـوله ولا يجوز أن يحال إلاّ البيت، ولمّا كان هذا يقتضي منع الإحـالة بذهبٍ عن فضّة، وبالعكس نبّه على أنّ ذلك يجـوز بشرط القبض في الحالّ، ولا يجوز بتأخيرٍ بقوله: ولا تحل بأحد النّقدين في ثانيهما البيت قال في التّوضيح: وكذلك إن كان أحـدهما ذهبًا والآخر فضّـةً، فلا يحيله به وإن حلا، إلاّ أن يقـبضه مكانه قبل افتراق الثّلاثة، وقبل طول المجلس ا هـ. الرّابع: يشترط أن لا يكون الدّينان طعامًا من سلمٍ، فلا تجوز الإحالة حينئذ سـواءٌ حلا أو لا، فإن كانا من سلفٍ جازت الإحالة، وعلى ذلك نبّه بقوله: وفي طعامٍ ماً إحالةٌ تفي فـما «نافيةٌ»، «وتفي» مضارع وفى، أي: لا تصحّ ولا تتمّ الإحالة إلاّ إذا كانا معًا من سلفٍ ففهم منه أنّها لا تصحّ إذا كانا معًا من غير سلفٍ وهو البيع أي السّلم فإن كـان أحدهما من بيعٍ والآخر من سلفٍ جازت إن حـلا معًا وعلى ذلك نبّه بقوله وفي اجتماع سلمٍ وقرض البـيت مراده بذي القبض الدّين المقبوض حسًّا وهو ما على المحال عليـه وكذا يشترط حلول الدّين المحال به ولا إشكال إلاّ أنّه لمّا قـدّم اشتراط الحلول في المحـال به لم يحتج إلى إعـادته ولمّا قدّم أنّه لا يشـترط حلول المحال عـليه وهو مشتـرطٌ في الإحالة في الطّعامين أحـدهما من بيعٍ والآخر من سلفٍ احتـاج إلى التّنصيص عليه ولم يسعه السّكوت عنه وعلى ذلك نبّه بقوله وفـي اجتماع سلمٍ وقرض البيت قال في التّوضيح: عن صـاحب المقدّمات والتّنبيـهات يشترط أن لا يكون الدّينان طعـامًا ومن سلمٍ سواءٌ حلا أم لا لئلا يدخله بيع الطّعام قبل قبضه وسـواءٌ كان الطّعامان متّفقين أم لا استوت رءوس الأموال أم لا وأجاز أشهب إذا اتّفقت رءوس الأموال واتّفق الطّعامان تشبيهًا بالتّولية فإن كان الطّعامان من قرضٍ جاز وإن كان أحدهما من بيعٍ والآخر من قرضٍ جازت الحوالة عند ابن القاسم بشرط حلول الطّـعامين معًا وحكى ابن حبيبٍ عن مـالكٍ وأصحابه إلاّ ابن القاسم جواز الحـوالة بشرط حلول المحال به خاصّةً ا هـ وفي التّـهذيب ومن له عليك طعامٌ من سلمٍ فـأحلته على طعـامٍ لك من قرضٍ أو كان الّذي له عـليك من قرضٍ فأحلـته على طعامٍ لك من بيعٍ أو قـرضٍ قد حلّ أو دفعت إليه دراهم يبـتاع بها طعامًـا يقبضه مـن حقّه فذلك كلّه جائزٌ ا هـ من الشّارح.

كالعرضين ومنعها في طعامي السلم مطلقًا. ابن القاسم فيها الصقلي عن أشهب: ولو حلا إلاّ أن تتفق رءوس أموالهما إلخ.

(الخامس): يشترط أن تكون الحوالة على أصل دينٍ ابن الحاجب في تعداد شروط الحوالة ومنها أن يكون على المحال عليه دينٌ للمحيل قال في التّوضيح لأنّ حقيقة الحوالة تقتضي أن تكون على دينٍ لأنّها نقل الدّين من ذمّة إلى ذمّة الباجيّ فإن لم يكن على المحال عليه دينٌ فهي حمالةٌ عند جميع أصحابنا ا هـ ولم يصرّح النّاظم بهذا الشّرط ولكنّه يستروح من اشتراط حلول الدّين به دون المحال عليه أنّ الدّين حاصلٌ لا محالة إذ الكلام على حلوله وعدم حلوله فرع وجوده وكذا يفهم ذلك من لفظ الحوالة كما تقدّم قريبًا عن التّوضيح واللّه أعلم تفريعٌ: فلو أحاله على من لا شيء له عليه رجع المحال على المحيل إلاّ أن يعلم المحال أنّ المحيل لا شيء له على المحال عليه واشترط المحيل على المحال البراءة فلا رجوع له على المحيل قال في التّوضيح هكذا قال ابن القاسم في المدوّنة وحصّل ابن زرقون فيها خمسة أقوالٍ: الأوّل: لابن القاسم: لا رجوع له على المحيل انتهى محلّ الحاجة منه.

تنبيهان: الأوّل: للحوالة شروط صحّة فلا يجوز ولا تصحّ بدونها وهي الخمسة المذكورة وشروط لزومٍ وهو أن لا يغرّه بفلسٍ علمه وحده من غريمه قال في المدوّنة: ولو

قوله: **(الخامس إلخ)** هذا فيه كلام كثير واسع وهو قول المختصر عاطفًا على الشروط وثبوت دين لازم فإن أعلمه بعدمه وشرط البراءة صحّ، وهل إلاّ أن يفلس أو يموت تأويلان، وحاصل التقرير الحق في كلام المختصر أن ضمير صحّ في قول المتن عائد على الإبراء المفهوم من قول المصنف وشرط البراءة، ودلّ قوله: وهل إلخ على أن منعنى صحّ مضمن معنى اللزوم، إذ قوله المتن وهل إلخ إنما هو في اللزوم، هذا هو التقرير المطابق لكلام المدونة، وأتى المصنف بهذه المسألة وإن كانت من باب الحمالة لاشتراكها مع الحوالة في براءة من عليه الدين، والمسألة من باب الحمالة قطعًا بدليل كلام الناس والمصنف ونبّه على الحكم الشرعي وهو صحة الإبراء ولزومه، ويدل على أن هذه حمالة من كلام المتن أمور منها قوله: أو وثبوت دين، ومنها أنه لم يقل صحّت مع تقدم لفظ الحوالة، ومنها قوله: وإن أفلس إلخ، وما يأتي قولهم هذه حمالة وتسميتها حوالة مجاز، والمصنف بريء في مختصره من هذا فإنه لم يقبل في الفروع حوالة ولا حمالة، والفرق إنما يصحّ بحضور من أعلم أنه لا دين عليه والتزم بإعطاء الدين بدليل قول المدونة: سبيل هذه المسألة سبيل الحمالة، والحمالة إنما تكون بالتزام المتحمل، وفي الوثائق المجموعة ما نصّه: فإن لم يكن للحميل دين على المحال عليه فلا يبرأ المحيل من تباعة المحال، وتكون هذه الحوالة كالحمالة وهي أقوى من الحمالة في هذا الوجه خاصة بأن يقول رجل لرجل: استحلّ علي بمالك على فلان دون فلان أن يكون قبل المستحال عليه شيء ومزق ذكر الحق الذي لك قبل فلان وأنا أغرمه لك ويكون هذا كالحمالة إلخ، وهذا منه بلفظه فاستعن به على ما ذكرناه، وقد حركت في فهم المتن عمائم ولم تحصل على طائل، ولكن إنما يظهر لك صحة ما ذكرناه إلاّ إذا وقعت على الشرح والله الهادي وعليه اعتمادي إنه رءوف رحيم جواد وكريم.

قوله: **(تنبيهان الأول إلخ)** هذا قال فيه في المختصر: ويتحول من المحال على المحال عليه

غرّك من عدمٍ يعلمه بغريمه أو بفلسٍ فلك طلب المحيل ولو لم يغرّك أو كنتما عالمين بفلسه كانت حوالةً لازمةً لك الثّاني: فائدة الحوالة وحكمها قال ابن زرقون وأمّا حكمها فهو براءة المحيل من دين المحال وتحوّل الحقّ إلى المحال عليه وبراءة المحال عليه من طلب المحيل.

❑❑❑

وإن أفلس أو جحد إلاً أن يعلم المحيل بإفلاسه فقط إلى آخره.

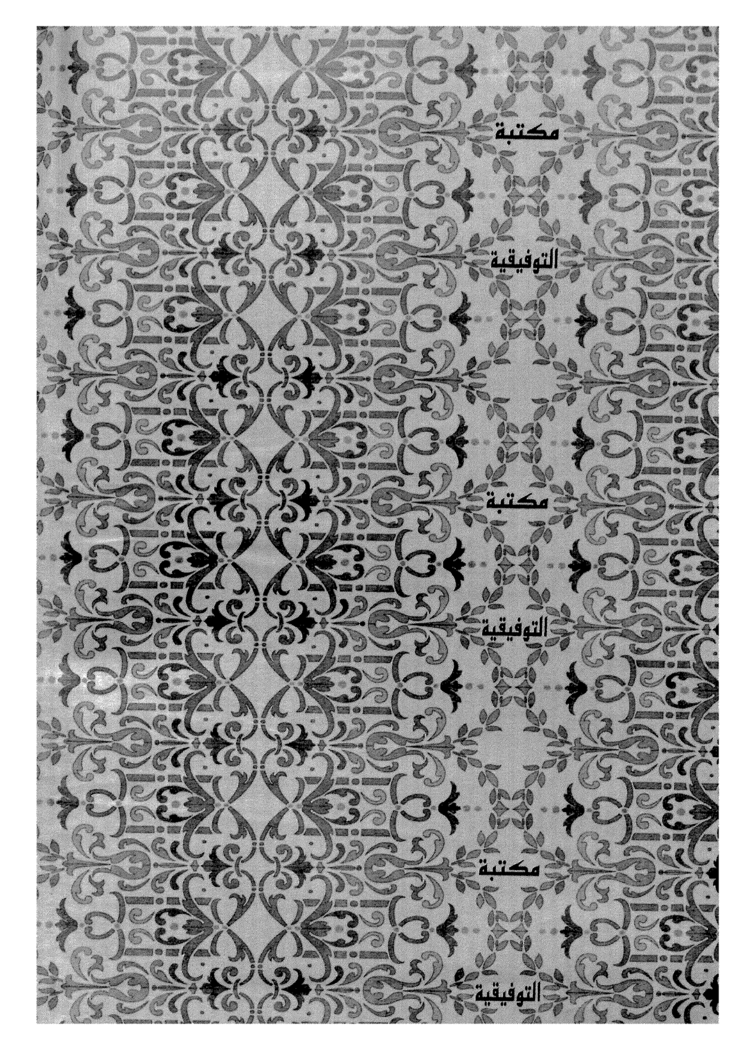
تم الجزء الأول

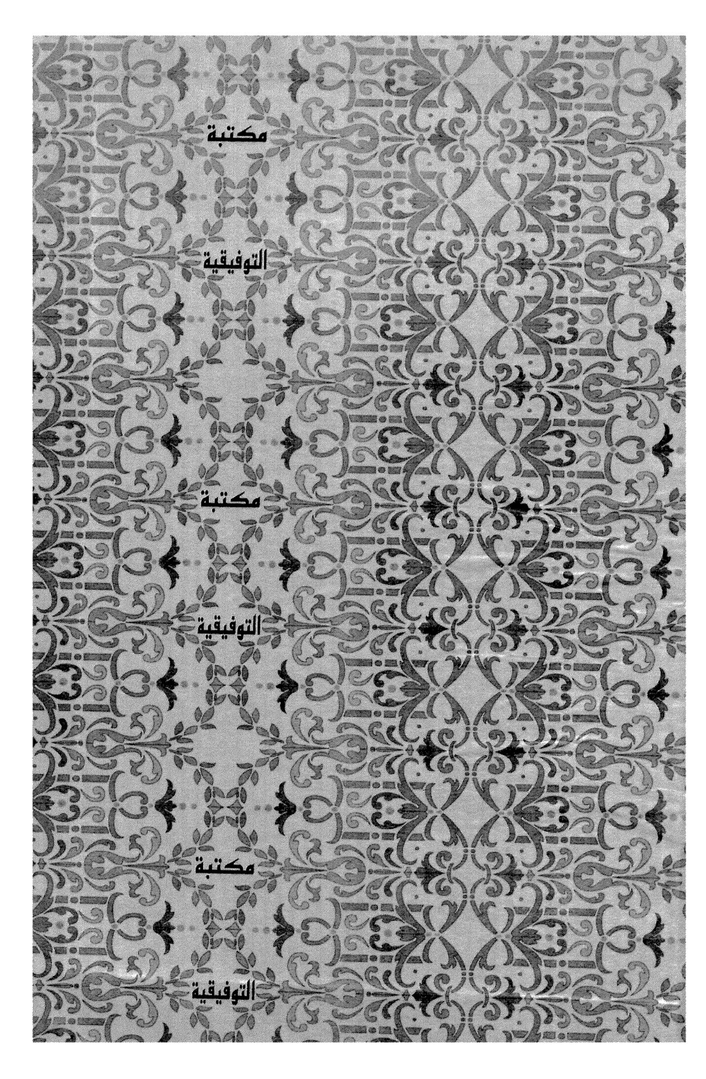
❑❑❑

فهـــرس الموضوعات

الموضوع **رقم الصفحة**


المكتبة المكتبة
التوفيقية التوفيقية


مكتبة
التوفيقية
مكتبة
التوفيقية
مكتبة
التوفيقية


مكتبة
التوفيقية
مكتبة
التوفيقية
مكتبة
التوفيقية

